

和仏法律学校講義録

著者	川名 兼四郎, 梅 謙次郎, 仁井田 益太郎, 豊島 直通
出版者	和佛法律學校
巻	2-19
ページ	1-65
発行年	1903-08-11
URL	http://hdl.handle.net/10114/5466

三十六年八月十一日發行

三十六年度 第二學年ノ十九

和佛法律學校講義錄

第五五號

和佛法律學校



090
1903
2-1-19

主義ヲ採リ而モ承諾ノ意思表示ニ付テハ特別ノ規定ナキカ故ナリ

(乙) 發信主義ニ從ヘハ承諾ノ意思表示ハ承諾者カ申込者ニ其意思ヲ知ラシムルカ爲メニ自己カ爲スヘク必要ナル行爲ヲ完了シタル時ニ於テ法律上ノ存在ヲ有スルニ至ルモノト爲ス英法ハ此說ニ從フト云フ

發信主義ト受信主義トヲ問ハス承諾ノ意思表示ハ申込者之ヲ了知スルコトヲ必要トシ隨テ申込者ニ知ラシムルノ意思ヲ以テ之ヲ爲スコトヲ必要トス發信主義ト雖モ承諾ノ意思ヲ申込者ニ知ラシムルコトヲ不必要トスルニ非ナルコト前ニ述ヘタリ既ニ發信主義ノ趣旨然リトシ且申込者カ承諾ノ意思ヲ現實ニ了知スルコトヲ承諾成立ノ要件ト爲スコト能ハストモハ發信受信兩主義ノ當否ハ理論上ノ當否ニ依リテ之ヲ決スヘカラス唯其兩主義ニ伴フ實際上ノ結果ニ依リテ定ムルノ外ナシ其實際上ニ於テ如何ナル差異ヲ生スルカ左ニ其重要ナル效果ヲ掲ケ何レノ主義ヲ採用スヘキカヲ決定セントス

川名講師ノ洋行セラルルニ際リ本講義筆記ノ綴稿ヲ携帶セラシ船中ニテ

民法債權 契約論 契約ノ成立 契約成立ノ要件

ニ用ヒラルル文字ナリト雖モ我邦ニ於テハ國際上ニ於ケル契約ハ特ニ之ヲ條約ト稱シ適當契約ナル文字ヲ用ヒタルノミナラス此講座ニ屬スルモノハ民法ノミナルカ故ニ此講義ニ於テ「契約」ト云フハ私法上ノ契約ニ限レリ是ニ於テ右ノ定義ニ尙ホ私權ニ關シテ「ト云フ文字ヲ附加スルヲ便トス舊民法ノ如キハ佛蘭西ノ學說ニ依リ定義ノ形ヲ異ニシ合意ナル文字ヲ新民法ニ所謂契約ノ意味ニ使用セリ今其定義ヲ見ルニ財產編第二百九十六條第一項ニ「合意トハ物權ト人權トヲ同バズ或ル權利ヲ創設シ若クハ移轉シ又ハ之ヲ變更シ若クハ消滅セシムルヲ目的トスル二人又ハ數人ノ意思ノ合致ヲ謂フ」ト言ヘリ是レ予ノ定義ニ比シ頗ル精密ナリト雖モ之ヲ概括スルトキハ結局予ノ定義ニ歸著スヘシ即チ予ノ定義ニ之カ説明ヲ加フレハ舊民法ノ規定セル如ク契約ノ目的ハ權利ノ創設移轉又ハ消滅ノ何レカニ屬スベシト雖モ此ノ如ク詳細ニ規定スルノ必要ヲ見ス又契約ナル文字ハ舊民法ニ於テハ極メテ狭キ意味ニ用ヒ同シク財產編第二百九十六條第二項ニ合意カ人權ノ創設ヲ主タル目的トスルトキハ之ヲ契約ト名ヅク言ヘリ換言スレハ人權ノ創設即チ新民法ノ語ヲ以テスレハ

債權ノ發生ヲ主タル目的トスル合意ハ契約サナト云フニ歸ス蓋シ此定義ハ舊民法ノ定義ヲ基礎トセル今日佛蘭西法ノ定義ヲ其儘ニ移シタルモノニ對テ古ニ於テハ固ヨリ此ノ如キ區別ヲ爲ス必要アリシナリ即チ債權ノ發生ノ原因ト他ノモノトヲ區別スル理由アリシト雖モ今日ニ於テハ蓋シ其理由ナシ故ニ佛蘭西學者中ニモ方今ニ至リテハ予カ右ニ述ベタル如キ定義ヲ下シ且「契約」ト譯スヘキ佛蘭西語ノ「コントラクト」ナル文字ヲ使用セリ又獨逸ニ於ケル「ヴェルトラグ」ナル文字アルノミニシテ右ニ述ベタル廣キ意義ヲ有シ昔時佛蘭西法ニ於ケルカ如キ狹義ノ文字ハ今日ニ於テハ法律語トシテハ全ク其跡ヲ絶タリ故ニ如何ナル獨逸ノ著書ノ文字ヲ見ルモ契約ノ定義ハ予カ右ニ下シタル定義ト同一ナリ又伊太利ニ於テハ明カニ廣キ意味ヲ以テ契約ニ相當スル文字ヲ使用セリ即チ「コントラット」ナル文字ヲ舊民法ノ合意ヲ意ニ使用セリ是ヲ以テ新民法ニ於テハ此新主義ニ據リ契約ノ範圍ヲ擴張シ法律上ノ效力ヲ生セシムルヲ目的トスル二人以上ノ意思ノ合致ハ常ニ之ヲ「契約」ト稱スルヨトトセリ又「契約」ニ種種ノ類別アルヨリ古來學者ハ一般ニ明ナル所ニシテ舊民法ノ如キ

ハ之ヲ法文ニ列舉セリ新民法ニ於テハ此ノ如キ明文ヲ設ケルモ學理上ハ於テハ之カ類別ヲ爲スニ得ヘシ而シテ此類別中契約ニ特別ナルモノト法律行為全體ニ通スルモノトアリ契約ハ法律行為ノ一種ニシテ法律行為中ハ重ナルモノナルコトハ諸君カ第一學理ニ於テ民法總則編ノ講義ニ依リ既ニ研究セラレタル所ナリト信スルヲ以テ之ヲ贅セズト雖モ唯此ニ一言スルモ人勸モスレハ契約ナルモノハ二人以上ノ意思表示ニ因リテ成ルモノナル故ニ故ニ法律行為アリト主張スル者アリ若レ此ノ如キ說ヲ爲ス者ハ三人ノ意思表示アリトキハ或ハ三箇ノ法律行為アリト曰ハル要スルニ契約ハ一箇ノ法律行為ニ非シテ少クトモ二箇ノ法律行為ニ合體シタルモノト云フニ在リ是レ認見カリト謂ハサルコトヲ得ス蓋シ意思表示ハ圖ニ三人以上ノ意思表示ナリト雖モ其二人以上ノ意思表示ニ合シテ一箇ノ法律行為ニ成ヌモノニシテ其中込又ハ承諾ノミヲ以テ一ノ獨立シタル法律行為ト爲スコトヲ得故ニ契約ハハモノハ常ニ一ノ法律行為ニシテ決シテ二以上ノ法律行為ニ非スト信ス而シテ反對論者カ此ノ如キ說ヲ爲スハ畢竟法律行為ノ定義ニ因リテ誤ラレタル

モノナリ即チ法律行為ナルモノハ通常私權ニ關シ法律上ニ效力ヲ生セシメルヲ目的トスル意思表示ナリト云クカ故ニ其意思表示ナルモノハ常ニ單稱ニシテ一ノミヲ指スモノナリト解スルモ契約ハ二以上ノ法律行為ニ成ルモノノ如ク思惟セラルルモ法律行為ノ定義中ニ所謂意思表示ナルモノハ必スシモ單稱ニ非スト信ス即チ單稱ニモアリ複稱ノモノアリ若シ單ニ意思表示ニ云フカ爲メ此ノ如キ疑ハ生ズル大虞アリトモハ事ハ一箇又ハ集合シタル數箇ノ意思表示ナリト云フ可ナリトス此ノ如ク契約ハ二種ノ法律行為ナルカ故ニ法律行為ノ類別ハ之ヲ契約ニモ應ズルコトヲ得ルモノ多ク否大抵皆之ヲ適用スルコトヲ得ヘシ思フニ諸君ハ總則編ノ講義ニ於テ既ニ法律行為ノ類別ヲ研究セラレタルモノ知ルハカヲササルヲ以テ此ニ之ヲ述ブルハ或ハ重複ノ恐レナキニシモ弁ハト雖モ人ハノ見解必スシモ同一ナラザルヲ以テ予ハ茲ニ予カ信スル所ニ據リ簡短ニ之ヲ説明セント欲ス先ツ法律行為ノ類別ニシテ契約ノ類別ト爲ルモノ殊ニ契約ニ付テ必要多キモノヲ示セ第ニ有價契約無價契約ノ區別はナリ有價契約ハ各當事者出捐爲メ契約ニシテ此

出指ハ法律上ヨリ當ヘハ必スシモ金錢其他ノ有形物ヲ給付スルヲ謂フニ非
 シテ勞務ノ供給モ一種ノ出指ニシテ權利ヲ與ヘ又ハ拋棄スルモ等シク一種
 出指ナリ要スルニ自己ノ利益ノ一部ヲ失フノ謂ニシテ勞務ノ如キモ之ハ他
 用フルトキハ相當ノ價格ヲ有スルカ故ニ勞務ノ供給モ一種ノ出指ト爲ルナリ
 而シテ當事者雙方カ出指ヲ爲ストキハ其契約ハ有價契約ナリ之ニ反シ無價契
 約ニ在リテハ當事者ノ一方ノミ出指ヲ爲シ他ノ一方ハ毫モ出指ヲ爲スコトナ
 ク利益ノミヲ受クルナリ例ヘハ買賣貸借等ハ有價契約ニ屬シ債務ノ辨濟ハ
 如キモ亦之ニ屬ス而シテ債務ノ辨濟ヲ契約ナリト云フハ頗ル奇怪ノ說ニ似タ
 リト雖モ多クノ場合ニ於テハ契約成立ス先ツ辨濟ナルモノハ金錢ノ支拂ニ在
 ルコト最モ多シ然ルニ金錢ノ支拂ハ概テ常ニ契約ナリ即チ支拂ヲ爲ス者ニ於
 テ其金錢ヲ自己ノ債務ノ辨濟トシテ交付セシコトヲ申出テ債權者ハ辨濟トシ
 テ之ヲ受取ル意思ヲ表示シタルトキハ此ニ辨濟成立ス換言スレバ若シ債權者
 カ之ヲ受取ラザルトキハ辨濟ト爲ルコトナシ故ニ契約ナリ但辨濟ハ悉ク契約
 ナリト云フニ非ス唯此場合ニ於テハ契約ナリ即チ二人ノ意思ノ合致ヲ要スル

辨濟ナルモノハ常ニ契約ニシテ而シテ有價契約ナリ何トナレハ此場合ニ於テ債
 權者カ出指ヲ爲スコトハ當然ノ結果ナル所ニシテ債權者ニ於テモ其金錢ヲ受取
 ルト同時ニ自己ノ債權ヲ失フカ故ニ結局雙方ニ於テ出指ヲ爲スモノナレハ其
 此他有價契約ナルモノハ種々多シ次ニ無價契約ノ例ヲ示セバ贈與使用貸
 借ノ如シ使用貸借ノ何物タルコトハ契約ノ各論ニ於テ諸君カ研究セラル所
 ナルモ使用貸借ナルモノハ對價ヲ得スレバ他人ニ物ヲ貸與シ對價ヲ出サスレ
 バ他人ヨリ物ヲ借用スル契約ニシテ是レ無價契約ナリ尙ホ無價契約ノ一例ヲ
 示セバ債務ノ免除カ契約ナル場合ニ於テハ是レ亦無價契約ナリ但我民法ニ於
 テハ債務ノ免除ハ債權者ノ意思ノミニ因リテ成立スルコトヲ得ルモノトモ
 カ故ニ常ニ契約ニ非スレバ債權者ノ意思ノミニ因リテ成立スル單獨行為ナル
 カ如シト雖モ實際ニ於テハ契約ニ因リテ成立スル場合多シ蓋シ故ナク債權者
 カ債務者ニ對シ債務ヲ免除スルカ如キ附屬行為ニ對シテ大抵契約ヲ結果多クハ
 債務者ヨリ其免除ヲ乞ヒ債權者ニ於テ同意ヲ免除スルに至ルモノニシテ此ノ如
 キ場合ニ於テハ二人ノ意思ノ合致ヲ要スナルカ故ニ畢竟契約ナリ即チ債務

シテハ其債務カ真正ニ存在セザリシコトアレハナリ此場合ニ於テハ和解ハ債務ヲ消滅セシムルモノニ非ス隨テ求償權ヲ生セザルコト固ヨリ言フヲ缺タス此ノ如ク債務ノ存在セザリシ場合ニハ求償權ヲ生セザルモ若シ後日債務ノ存立セシコトヲ證明セラレタルトキハ之ヲ和解ニ因リテ消滅セシメタルモノト謂フコトヲ得隨テ前例ノ場合ニ於テ連帶債務者ニ對シ其各負擔部分ニ付キ求償ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ此場合ニハ有償ナレハナリ又更改ニ因リテ債務ヲ消滅セシムルコトアリ例ヘハ連帶債務者ノ一人カ債權者ヨリ債務ノ辨濟ノ請求ヲ受ケタル場合ニ金錢ノ支拂ニ代ヘテ其所有ノ家屋ヲ以テ債務ヲ消滅セシメタルトキハ他ノ連帶債務者ニ對シテ求償權ヲ有ス保證ノ場合ニモ亦同シ即チ保證人カ辨濟シタルトキハ其全部ニ付キ主タル債務者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ヘシ之ニ反シテ無償契約適當ハ免隱ニ因リテ債務ヲ消滅セシメタル場合ニ於テハ保證人ハ主タル債務者ニ對シテ求償權ヲ有セス連帶債務者ノ一人カ無償契約ニ因リテ債務ヲ消滅セシメタル場合モ亦同シ是レ有償契約無償契約ノ別ヨリ生スル第一ノ實益ナリ

第二ニ有償契約ニハ特別ノ規定ナキ限ハ賣買ニ關スル規定ヲ準用ス是レ民法第五百五十九條ノ明カニ規定スル所タリ無償契約ニハ或事項ニ關シ特ニ贈與ニ關スル規定ヲ準用スルコトアルモ第五九六條賣買ニ關スル規定ヲ準用スルノ明文ナキヲ以テ其之ヲ準用スルコトヲ得サルコト固ヨリ言フヲ換タサル所ナルノミナラス有償契約ノ場合ノ如キ概括的ノ規定ナキカ故ニ各其性質ニ從ヒテ適用スヘキ規定ヲ判別セサルコトヲ得ス

第三ニ或種ノ契約カ其有償ナル場合ト無償ナル場合トニ依リテ其效力ヲ異ニスルコトアリ例ヘハ同シク消費貸借ニシテ有償契約タルコトアリ又無償契約タルコトアリ其詳細ハ各論ノ講義ニ於テ知ラルル所ナルヘキモ茲ニ之ヲ一言セシニ通常ノ金錢貸借ハ皆消費貸借ナリ而シテ其利息附ノ場合ニ於テハ貸主ハ元本ヲ貸與シ借主ハ利息ヲ支拂フモノニシテ各出捐ヲ爲スカ故ニ有償契約ナルモ其無利息ナル場合ニ於テハ無償契約ナリ而シテ其效力上ノ差異ハ第五百九十條ノ規定ニ由リテ明カナリ又寄託契約ハ受寄者カ報酬ヲ受タル場合ニハ有償契約ナリ彼ノ倉庫營業ノ如キハ此種ノ寄託ヲ以テ營業トスルモノナリ

之ニ反シテ無報酬ニテ他人ノ物ヲ保管スル場合ノ如キハ無償契約ナリ而シテ其效力上ノ差異ハ第六百五十九條ノ規定ニ由リテ明カナリ同條ニ曰ク無報酬ニテ寄託ヲ受ケタル者ハ受寄物ノ保管ニ付キ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲ス責ニ任スト故ニ其有償契約ナル場合ニ於テハ受寄者ハ債權ノ一般ノ規定第四〇〇條ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ受寄物ヲ保管セサルヘカラスト雖モ無償契約ナル場合ニ於テハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ爲スヲ以テ足レリトス

第四ニ破産法ノ適用ニ付キ其效力ヲ異ニス即チ無償契約ナルトキハ當然無効ト看做サルルコトアルモ有償契約ナルトキハ破産宣告ノ結果無償契約カ無効ト爲ル場合ト同一ノ理處ニ因リテ其無効ヲ來スコトナシ是レ舊商法第九百九十條ニ於テ無償契約ニ付テ規定シ同第九百九十一條ニ於テ有償契約ニ付テ規定セル所ニ據リテ明カナリ故ニ此區別ハ頗ル重要ナルモノトス

第二ノ區別ハ要式契約及ヒ不要式契約是ナリ要式契約トハ一定ノ方式ヲ以テ意思ヲ表示スヘキ契約ヲ謂ヒ不要式契約トハ如何ナル方法ヲ以テ意思ヲ表示

スルモ可ナル契約ヲ謂フ舊民法ノ定義ノ如キハ頗ル之ト異ナレトモ予ハ右ノ定義ヲ以テ正當ナリト信ス我民法ニ於テ要式契約ト爲セルハ婚姻親子縁組協議上ノ離婚又ハ離縁等はナリ羅馬法ニ於テハ要式契約ヲ本則トセシメテ其場合極メテ多カリキ今日ニ於テモ歐洲ノ法律ニハ我民法ニ比シテ要式契約ノ場合頗ル多ク財産上ノ契約ニ付テモ亦要式ノモノアリ例ヘハ贈與夫婦財産契約ノ如キハ概テ之ヲ要式契約ト爲シ必ス公正證書ニ依ラサルヘカラサルモノト定ムル例多シ我民法ニ於テハ身分上ノ契約以外ニ要式契約ハ一モ之ナシト謂フ可ナリ即チ實買贈與貸借等皆不要式契約ナリ尤モ契約ノ成立ニハ關係ナク單ニ或一定ノ效力ヲ生スルカ爲メニ書面ヲ要スルコトアリ贈與ノ如キ即チ此種ニ屬ス又或ハ登記若クハ引渡ヲ要スルコトアリ然レトモ登記ハ唯第三者ニ對スル一ノ條件タルニ過キサルヲ以テ縱令之ナクモ契約ノ成立ヲ妨ケス引渡モ亦通常登記ト同シク第三者ニ對スル條件ニ外ナラサレトモ時ニ或ハ契約成立ノ條件タルコトアリ但此場合ト雖モ引渡カ契約ノ方式トシテ必要ナルニ非スシテ契約ノ性質上自ラ之ヲ必要トスルノミ其詳細ニ至リテハ各論ノ

講義ニ於テ知ラルル所ナルヘシ彼ノ質權ヲ設定スルニ物ノ引渡ヲ要スルカ如キモ其引渡ナルモノハ質契約ノ方式トシテ特ニ法律カ之ヲ命シタルニ非スシテ質權ノ性質上引渡ノ時ヨリ其效力ヲ生セシムルニ外ナラス之ト異ナリ婚姻ノ如キハ届出ニ因リテノミ成立ス而シテ其届出ニハ一定ノ方式ヲ要スルモノトセリ然レトモ是レ決シテ婚姻其モノノ性質上届出ヲ爲スニ非サレハ成立セサルモノニ非サルコトハ從來行ハレタル婚姻ニ就テ觀ルモ明カナル所ナリ右ノ如ク物ノ引渡ニ因リテ成立スル契約ハ舊民法ノ如キハ之ヲ「要物契約」ト云ヘリ然ルニ予ハ從來之ヲ「踐成契約」ト稱シ來レリ此語ハ一見了解シ難キニ似タリト雖モ「要物」ナル文字ハ一層不適當ト謂ハサルヲ得ス羅馬法ニ於テハ契約ノ成立スルニハ往往或事ヲ履踐スルコトヲ要セリ而シテ其履踐スルコトヲ要スル事項ハ今日ノ法律ノ如ク單ニ物ノ引渡ニ限ラサリシナリ故ニ踐成契約ノ名稱ヲ正シトセサルヘカラス然レトモ此種ノ契約ハ要式契約ニ非ス從來如何ナル學者ト雖モ之ヲ目シテ要式契約ト言ヒタル者ナシ故ニ我新民法ニ於テハ財産上ノ契約ニ要式ノモノナシ

此類別ノ實益ハ定義ニ據リテ自ラ明カナル如ク要式契約ハ其方式ヲ踐ムニ非
ナレハ無効ナリ例ヘハ婚姻養子縁組協議上ノ離婚又ハ離婚等ハ届出ヲ爲スニ
非ナレハ其效力ナキモノトス之ニ反シテ不要式ノ契約ハ如何ナル方法ヲ以テ
意思表示ヲ爲スモ直チニ法律上ノ效力ヲ生ス例ヘハ口頭又ハ手紙ヲ以テ意思
表示ヲ爲シ甚シキハ手眞似等ヲ以テスルモ亦有效ナリトス
第三ノ類別ハ主タル契約及ヒ從タル契約是ナリ主タル契約トハ契約ノ成立カ
他ノ法律關係ノ存在ヲ必要トセサルモノヲ謂ヒ之ニ反シテ契約ノ成立カ他ノ
法律關係ノ存在ヲ必要トスルトキハ其契約ハ從タル契約ナリ此定義モ亦舊民
法ノ定義ト異ナレトモ此定義ヲ以テ正シトスルコトハ予ノ信シテ疑ハサル所
ナリ例ヘハ賣買贈與貸借等ハ通常皆主タルモノニシテ豫メ何等ノ關係ナキ
ニ當事者カ賣買契約ヲ結ヘハ其契約ハ直チニ成立ス贈與モ亦之ト同シテ當事
者ノ一方カ贈與ヲ爲スノ意思ヲ表示シ他ノ一方カ之ヲ承諾スレバ直チニ成立
スルモノナリ貸借モ亦然リ之ニ反シテ保證質契約抵當契約其他延期契約ト
稱スルモノノ如キハ從タルモノニシテ主タル債權アルニ非ナレハ成立シ得ナ

ルモノナリ即チ債務關係ナル一ノ法律關係アルニ非ナレハ保證債務ハ成立ス
ルコト能ハス質契約抵當契約モ亦然リ彼ノ根柢當カ無効ナリトノ說ノ如キハ
比理論ニ據マラレタルモノニシテ要スルニ何等ノ債務關係ナキモノト速斷シ
タル結果ニ外ナラサルナリ延期契約モ亦一ノ債務關係アリテ始メテ生スルモ
ノニシテ債務關係アルニ非ナレハ履行ヲ延期スル契約ノ生スル理ナシ故ニ是
レ亦從タル契約ナリトス

此區別ヨリ生スル實益ノ第一ハ右ノ説明中ニ自ラ包含セラレル所ニシテ即チ
主タルモノハ獨立シテ存スルコトヲ得ルモ從タルモノハ獨立シテ存スルコト
能ハス此關係ヨリ種種ナル結果ヲ生ス是レ諸君カ質權抵當權等ヲ研究セラル
ルニ由リテ發見スル所アルヘシ
第二ハ從タル契約ノ目的ノ範圍ハ主タル法律關係ニ依リテ定マル是レ絕對ニ
然リト謂フコトヲ得スト雖モ此語ヲ極メテ廣義ニ解スルトキハ總テノ場合ヲ
包含スヘシ先ツ疑ナキモノヲ言ヘハ保證質抵當ノ如キハ主タル債務カ千圓ナ
ルニ保證ノミ獨リ二千圓ヲ目的トスルコト能ハス縱令斯ル契約ヲ爲スモ無効

ニシテ單ニ千圓ニ付テ、其效力ヲ生スヘシ實抵當モ亦之ト同シテ千圓ノ債
務存スル場合ニ於テ千圓ノ金額ヲ擔保スルモノトシ之カ登記等ヲ爲シタル
場合ニ於テモ其買權又ハ抵當權ハ結局主タル債權ノ範圍内ニ止マルモノナリ
殊ニ延期契約ノ如キハ前ノ契約ヲ其債延期スルヲ常トシ新ニ債務ヲ生スルモ
ノニ非ス若シ新ニ債務ヲ生スル場合アリトモハ是レ延期契約ニ非サルナリ又
利息ノ契約ノ如キモ其範圍ハ主タル契約即チ元本ニ對スル債務ノ額ニ依リテ
定マルモノニシテ其從タル契約タルコト疑ナキ所ナリ唯疑ハシキハ違約金ノ
契約損害賠償ノ豫約ノ如キハ其範圍ハ主タル法律關係ニ依リテ定マルモノ
非タルカ如ク見ユ然レトモ廣義ニ於テハ此場合ニ於テモ仍ホ主タル法律關係
ニ依リテ定マルト謂フコトヲ得ヘシ何トナレハ主タル法律關係ノ範圍ノ廣狹
ニ依リテ違約金又ハ損害賠償ノ義務ニ輕重ヲ來スヘキヲ以テナリ而シテ保證
實抵當ニ付テハ此第二ノ實益最モ著シトス
以上三ツノ類別ハ其契約ニ關スルコト最モ多シト雖モ他ノ法律行為ニモ共通
ナルモノナリ之ニ反シテ第四以下ノ類別ニ至リテハ全ク契約ノミニ關スルモ

ハ其契約ニ非サルモノナリ之ニ關スルモノハ其契約ノ範圍外ニ在リ
債權ノ分類ハ債務契約及ヒ片務契約ニ分テ、雙務契約トハ其契約ニ因テ、當事
者雙方ニ債務ヲ生スルモノヲ謂ヒ之ニ反シテ片務契約トハ契約ニ因テ、生スル債
務カ當事者ノ一方ノミニ生スルモノヲ謂フ今二三ノ例ヲ舉グレハ買賣契約實
賃借契約組合契約等ハ皆雙務契約ナリ即チ買賣契約ニ於テハ賣主ニハ其有ス
ル權利ヲ買主ニ移轉スルノ義務ヲ生シ買主ニハ代金ヲ支拂フ義務即チ正確ニ
金ハ金銀ノ所有權ヲ移轉スルノ義務ヲ生ス成ハ買賣モ略トシテ片務契約ナ
リトスルノ説ナキニ非ズト雖モ予ハ之ヲ取ラズ例ヘハ此時計此書續ト云フ如
キ特定物ノ買賣ニ在リテハ特約アルニ非タレハ其權利ハ契約ノ成立ト同時ニ
買主ニ移轉スルモノナリ是ニ於テカ成學者ハ此場合ニ於テハ賣主ニ所有權移
轉ノ義務ヲ生スルノ暇ナシ隨テ買賣ハ場合ニ依リテ片務契約ナリトモ生ズ
予ハ此説ヲ採ラス予ノ信スル所ニ據レハ我民法ハ論者ハ說ニ依リテ非
スレテ雙務契約主義ヲ採レルコト賣買ノ規定ニ據テ大明ナリ而シテ賣買ノ
目的物カ特定物ナリトモ賣主ニハ其契約ト同時ニ所有權ヲ移轉スルノ義務

ヲ生シ而シテ其義務ヲ履行セザルニ由リ其義務ヲ生スルハ則チ
「ナリ」唯其義務ノ履行ヲ何等ノ形式ナク又何等ノ新ナル行為ヲ行ハル
ルノ尤モ反對論者ト雖モ賣主カ物ノ引渡ヲ下ラサル間ハ引渡ノ義務ヲ負
カ故ニ雙務契約ナリト曰ヘリ然レドモ此點ヨリ觀レバ如何ナル場合ニ於テモ
賣主ハ雙務契約ナリト謂フコトヲ得サルベシ例ヘテ貸借等ニ因リ既ニ他人ノ
手ニ存スル物件ヲ其者ニ賣渡シタル場合ノ如キ更ニ引渡ヲ爲スコトヲ要セ
サルナリ或ハ此場合ニ於テモ賣主ハ擔保ノ義務ヲ負フカ故ニ雙務契約ナリト
曰ヘリ蓋シ賣主ノ場合ニ於ケル擔保ノ何モノタルカハ賣主ノ義務ニ依リテ知
ラル所ナルヘシト雖モ要スルニ其主タルモノハ賣主ノ目的物カ他人ノ物カ
ハ場合ニ賣主ノ負フ所ノ義務即チ是ナリ此義務ノ性質ハ議論アル所ナレドモ
賣主ニ或一種ノ義務ヲ生スルコトハ疑フ容レス之ヲ名ケテ擔保義務ト謂フカ
然レト雖モ賣主カ擔保ノ義務ヲ負フコトヲ理由トシテ賣主ノ義務ニ於テ
賣主ノ義務ト謂フカ誤レリ蓋シ擔保ノ義務ナルモノハ通常他人ノ權利ヲ賣主
ル場合ニ非サレハ之ヲ生セス或ハ他人ノ物ヲ賣リタルニ非サル場合ニ於ケル

若シ其目的物ニ關シ爭ヲ生シタルトキハ賣主ハ常ニ其爭ヲ除却スルノ義務ヲ
負ト曰フ者アルヤモ知ルヘカラスト雖モ是レ賣主カ權利移轉ノ義務ヲ負フ結
果ニ外ナラス此等ノ點ニ付テハ多少疑アリトスルモ若シ其目的物ニシテ明カ
ニ賣主ノ所有ニ屬シ何人モ之ヲ爭ハサル場合ニ於テハ決シテ擔保ノ義務アル
コトナシ隨テ論者ノ說ニ從ヘハ此場合ニ於テハ片務契約ナリト謂ハサルヘカ
ラスト然レトモ予ノ信スル所ニ據レハ所謂擔保ノ義務ナルモノハ賣主ノ權利移
轉ノ義務ヨリ生スル結果ニ過キスシテ權利移轉ノ義務ヲ離レテ別ニ擔保ノ義
務ナルモノアルニ非ス賣主ノ當時率ニ權利カ賣主ニ屬シ隨テ何等ノ故障ナキ
場合ニ於テハ實際其權利ハ賣主ニ移轉スヘキモ若シ其權利ニ故障アルカ又ハ
權利カ賣主ニ屬セザリシ場合ニハ其權利ヲ賣主ニ移轉スルコト能ハスニ於
テ始メテ擔保ノ義務ヲ生ス所開道ヲ擔保アルモノ是ナリ此他完全ナル權利ノ
移轉ヲ約シタルノ目的物ニ歸レタル取返アルカ若干ハ數量ノ不足ナリシ爲メ
畢竟完全ナル權利ヲ契約ノ如クニ移轉スルコト能ハザリシ場合ニ於テモ亦擔
保ノ義務アリト雖モ是レ皆賣主ノ目的タル權利移轉ノ義務ノ不履行ヨリ生ス

結果ニ外ナラス此ノ如ク賣主ニハ常ニ權利移轉ノ義務アルヲ故ニ予見ル所ニ據レハ買賣契約ハ必ス雙務契約ナリトス又貸借契約ニ於テハ貸主ハ其目的物タル動産若クハ不動産ヲ使用セシムル義務アリ且其結果種類枝葉ノ義務ヲ生ス修繕ノ義務ノ如キ其ノナリ又借主ハ貸主ニ對シ借賃ヲ支拂フ義務アルヲ故ニ其雙務契約ナルコト疑ハズ又組合契約ニ於テハ組合員ハ皆共同シテ一定ノ目的ヲ達スル義務アリ其方法トシテハ各自或ハ金銭不動産勞力等ノ出資ヲ爲スコトヲ要ス而シテ組合員ノ義務ハ一回ノ出資ヲ以テ消滅スルモノニ非スレタ組合契約ノ存續スル間ハ終始其義務ノ相伴ヲモリナルヲ故ニ此契約ノ雙務契約タルコトハ何人モ疑ハサル所ナリ次ニ片務契約ノ例ヲ言ヘハ其一ハ贈與ナリ贈與ハ本來皆片務契約ナリ彼ノ負擔附贈與ノ如キハ其ノ贈與ニ非スシテ雙務契約ノ一種ニ外ナラス其二ハ消費貸借ナリ消費貸借ハ利息附ノモノト然ラサルモノトアレトモ孰レノ場合ニ於テハ借主ハ義務ヲ負フニ止マルモノナリ即チ消費貸借ニ於テハ通俗ニ所謂貸付ト云フ行爲アリテ結メテ成立ス例ヘハ金銭ノ貸借ニ於テハ其金銭ヲ引渡シタル時始メテ契約成立

スルモノニシテ其以前ニハ貸借ヲ爲スノ豫約ハ之アリ得ルモ貸借其モノヲ未ダ成立セサルナリ故ニ其ノ消費貸借ニ於テハ貸主ニ義務アリ得ルモノナリ其三ハ寄託契約ナリ此契約ニ於テハ受寄者ニハ目的物保管ノ義務アレトモ寄託者ハ通常何等ノ義務ヲ負フコトナシ但時トシテハ寄託者ハ報酬ヲ拂フコトヲ約スルコトアルヲ以テ此場合ニ於テハ雙務契約ナリ其四ハ委任契約ナリ即チ受任者ハ委任者ノ爲メニ或法律行爲ヲ爲ス義務ヲ負ヘ向テ附隨ノ義務ヲ負フト雖モ委任者ハ通常何等ノ義務ヲモ負フコトナシ唯報酬ヲ約シタル場合ニ於テハ雙務契約ト爲ルコトアルノミ此等ハ今日ニ於テハ疑ナキ所ナレトモ西洋ニ於テハ委任及ヒ寄託ハ必ス片務契約ナリト論スル者多シト雖モ誤レリト謂ハタルヘカラス又西洋ニ於テハ使用貸借ハ片務契約ナリト看テ何人モ疑ハサルカ如シト雖モ是レ亦誤レリ使用貸借ハ消費貸借ノ場合ノ如ク目的物ノ所有權ヲ借主ニ移轉スルモノニ非スシテ使用收益ノ後原物ヲ返還スルコトヲ要スルモノナリボフナード氏ノ如キハ初ハ片務契約說ヲ採リ此契約ニ於テハ借主ニハ返還ノ義務アルモ貸主ニハ何等ノ義務ナシト説明セリ是レハ應至當ナル

カ如ク聞ユト雖モ精密ニ觀察スルトキハ使用貸借ノ成立ハ消費貸借ノ場合ト異ナリテ其使用貸借ニ供シタル動産又ハ不動産ハ自己ノ所有物タルニ拘ハラズ自己ノ自由ニ使用又ハ處分スルハ得ザルヲ義務轉賣スルハ借主ニ對シ其目的物ヲ使用收益セシムルノ義務ヲ負フモノナリ故ニ此貸借ハ雙務契約ナリト謂ハサルヘカラスボラツナリ下氏モ後其說ヲ更メテ雙務契約説ヲ採リテ雙務契約及ヒ片務契約ノ區別ニ付キ一言スヘキコトアリ他ナシ學者ノ所謂不完全雙務契約ナルモノ何タルコト是ナリ此點ハ羅馬法等ニ於テ現ニ使用セシ所ニシテ其意ハ蓋シ契約自體ハ當事者一方ニ義務ヲ生スルニ過キザレトモ其契約ノ結果トシテ後日他ノ一方ニモ義務ヲ生スルコトヲ得ルヲ云フニ在リ而シテ前ニ述ヘタル寄託契約委任契約等ノ如キハ皆此種ノ屬スルモノトモト即チ寄託ノ場合ニ付テ言ヘハ受寄者カ無報酬ニテ他人ノ物ヲ保管スルトモハ其受寄者カ或時期ニ於テ目的物ヲ返還スルノ義務ヲ負フニ過キザルカ故ニ片務契約ナリト雖モ若シ受寄者カ其物ヲ保管セル結果トシテ費用ヲ出シタルトキ例ヘハ動物ノ飼養料家庭ノ修繕費ヲ出シタルトモ又ハ受寄者ニ過失ザ

シテ寄託物ニ因リテ損害ヲ受ケタルトキ例ヘハ駟馬タルコトヲ知ラザリシ受寄者カ其馬ヲ爲メニ囑マレタル場合受寄物カ他物ヲ腐蝕セシムル性質ノ物タルコトヲ知ラザリシニ其物カ受寄者ノ所有物ヲ腐蝕セシメタル場合ノ如シハ寄託者ハ之ニ關シテ償還ノ義務ヲ負フヘキヲ以テ是レ不完全雙務契約ナリト言ヒシテ委任契約ノ場合ニ於テモ亦然リ即チ受任者カ委任事項ヲ實行スル爲メニ費用ヲ出スコトアリ例ヘハ談判ノ委任ヲ受ケタル者カ之ヲ實行スルカ爲メニ要シタル車馬賃泊料等ハ委任者ヲシテ之ヲ辨償セシムルコトヲ得ヘク其他委任事項ノ履行ニ關シ避クヘカラサル損害ヲ生シタルトモ委任者ヲシテ之ヲ賠償セシムルコトヲ得ルモノトス故ニ縱令無償契約ノ場合ニ於テモ受任者ノミニ義務アルニ非スシテ委任者モ亦義務ヲ負フコトアリ但此場合ニ於ケル委任者ノ義務ハ契約當時ニ生スル義務ニ非ズシテ後日ニ至リ生ズルコトアルモノナリ此ノ如キ契約ヲ羅馬法ニ於テハ總テ不完全雙務契約ト稱セシカリ而シテ羅馬法ニ於テハ必要上斯ル區別ヲ爲シシモノナリトモ今日ニ於テハ契約ノ種類ハ契約當時ニ於テ之ヲ區別スルヲ以テ足り後日他ノ事實ノ加ハ

ルコトアルニ因テ其契約ノ實質ヲ變スルモノニ非ス故ニ前例の場合於ケル無價ノ寄託又ハ委任ハ片務契約タルコト明カナリ要スルニ我民法ニ於テハ不完全雙務契約ナルモノモ認メス蓋シテ一側ニ於テハ完全雙務契約ノ性質ニ變務契約ト片務契約トヲ區別スルノ實益ハ外國ニ於テハ種種アルトモ我民法上ニ於テハ下ノ二ニ過キス第一ハ契約ノ履行ニ關スル雙務契約ノ當事者ノ一方ハ其債務ノ履行ヲ提供スルモノヲ他ノ一方ハ自己ノ債務ノ履行ヲ拒ムコトヲ得例ヘハ賣買ノ場合ニ於テ賣主ハ其義務ヲ履行セザレバ買主モ亦其義務ヲ履行スルコトヲ要スス第五三三條之ニ反シテ片務契約ニ於テハ斯ル場合ヲ生セズ蓋シテ出スモノハ一側ニ於テハ交付ニ要スルモノニ非ス故ニ履行スル第二ハ危險問題ニ關スル危險問題トハ雙務契約ニ在リテ當事者ノ一方ノ義務ヲ不能ト爲リタル場合ニ他ノ一方ハ仍ホ其義務ヲ履行スルコトヲ要スルモノ否ヤ例ヘハ賣買契約ヲ爲シタル場合ニ其目的物ヲ消滅シテ賣主ハ之ヲ引渡スコト不能トナルニ至ルタル場合ニ於テハ未タ所有權ヲ移轉セザルコト往往之アリ斯ル場合ニ給テモ仍ホ買主ハ代價ヲ支拂フコトヲ要スルモノ否ヤト云フカ如

キ是ナリ此問題ハ從來議論ノ點ナルヲ以テ後ニ至リテ精細ニ説明スヘシト雖モ要スルニ此問題ハ雙務契約即チ契約ニ因リテ當事者雙方カ直チニ債務ヲ負フ場合ニ於テノミ生スルモノニシテ片務契約ニ付テハ決シテ生スルコトナシ第五ノ分類ハ諾成契約及ヒ踐成契約即チ承諾ニ因リテ直チニ成立スル契約ト實踐ニ因リテ成立スル契約是ナリ即チ諾成契約ハ當事者ノ意思ノ合致タニアレハ之ニ因リテ直チニ成立スルモ踐成契約ニ在リテハ當事者ノ一方カ或事ヲ履行スルニ因リテ成立スルモノナリ例ヘハ賣買貸借委任等ハ總テ諾成契約ニシテ當事者雙方ノ意思ノ合致タニアレハ直チニ成立スルモノナリ之ニ反シテ使用貸借消費貸借契約等ハ皆踐成契約ナリ例ヘハ消費貸借ハ何時成立スルカト云フニ貸主カ目的物ヲ借主ニ引渡シタル時ニ於テ成立ス即チ金錢ノ消費貸借ニ於テハ貸主カ其金錢ヲ借主ニ引渡シタル時ニ於テ始メテ成立ス然レモノナリ尤モ借主カ其占有ヲ得ルノミニテハ契約ハ未タ完全ニ成立シ得スシラ權利ヲ合併セテ之ニ移轉セザルヘカラスト雖モ畢竟消費貸借ハ金錢ヲ借主ニ

引渡スニ因リテ成立スルモノナリ使用貸借ノ場合モ亦之ト同シテ其未タ目的物ヲ引渡ササル間ハ貸借ノ豫約ハ之アリ得レトモ其目的物ヲ引渡スニ非サルハ所謂使用貸借ハ成立セサルナリ質契約モ亦然リ即チ質物ヲ引渡スニ因リテ質契約ハ此ニ成立スルモノナリ此區別ハ羅馬法以來存スルモノニシテ今日猶ホ歐洲一般ニ認ムル所ナルノミナラス我邦ノ慣習ニモ適合セルモノナリ尤モ學說トシテハ予ハ咸ハ此區別ヲ廢スルヲ可ナリトスヘキヲ信スト雖モ此區別ハ普通ノ觀念ニ適合スルモノナルヲ以テ遠ク羅馬法於テ既ニ之ヲ認メ今猶ホ各國ニ採用セラル尤モ羅馬法ニ於テハ總テ契約カ諾成ノ二種ノミニ分類セラレタルニ非ナリシモ此區別ハ偶々今日マテ傳ハリシナリ但瑞西債務法ノ如キハ全ク此區別ヲ廢セリ但質權設定行爲ハ諾成契約ナリト謂フコトヲ得ヘキカ羅馬法ニ於テハ此二種ノ外向ホ二種アリテ結局契約ヲ四種ニ分ケリ第一言成契約即チ互ニ一定ノ言語ヲ交換スルニ因リテ成立スルモノ第二書成契約即チ書面ニ一定ノ記載ヲ爲スニ因リテ成立スルモノ第三事成契約即チ成事ヲ爲スニ因リテ成立スルモノ予ノ所謂諾成契約ニ該ルル第四意成契約即チ意思ノミ

ニ因リテ成立スルモノ是ナリ然レトモ其言成書成ノ二種ハ一般ノ區別トシテ今日全ク之ヲ認メサルニ至リ唯要式契約トシテ多少其痕跡ヲ留ムルニ過キ此區別ノ實益ハ定義ニ據リテ殆ト明カナル如ク諾成契約ニ於テハ當事者雙方ノ意思ノ合致アルト同時ニ法律ニ定メタル總テノ效力ヲ生ス之ニ反シテ諾成契約ニ於テハ目的物ノ引渡今日ノ法律ニ於テハ諾成契約ノ實際ノ適用トシテハ唯此一事アルノミナルカ故ニ授物契約ト稱スルモ敢テ不當ニ非スト雖モ前ニ述ヘタル如ク沿革上諾成契約ト謂フヲ以テ優レリトスルノミアリテ始メテ效力ヲ生スルモノトス面シテ消費貸借使用貸借質契約ノ如キハ此種ニ屬スルモノト前ニ述ヘタル所ノ如シ故ニ此等ノ契約ニ於テ未タ目的物ヲ引渡ササル間ハ咸ホ他ノ效力ヲ生スヘシト雖モ此等ノ契約本然ノ效力ヲ生セサルヲ以テ之ニ關スル規定ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス第六ノ分類ハ有名契約及ヒ無名契約是ナリ有名契約トハ法律カ特別ノ名稱ヲ附シテ之ニ關スル規定ヲ設ケタルモノヲ謂ヒ無名契約トハ之ニ關シテ法律カ

特別ノ規定ヲ設ケス隨テ特別ノ名稱ヲ有セタルモノヲ謂フ例ハ買賣贈與貸借等ハ皆法律上ノ名稱ヲ有シ各適用セラルヘキ特別ノ規定ヲ有シ故ニ此等ハ有名契約ナリ之ニ反シテ例ハ予カ或人ト與ニ旅行スルコトヲ約シタル場合ノ如キハ民法上特ニ名稱ヲ有スル契約ニ非ス民法ニハ組合ナル契約アリ此契約モ亦組合契約ヲ組成スルコトナキニ非スト雖モ通常斯ル契約ハ組合契約ヲ組成セス又例ハ甲カ乙ニ囑スル丙ニ金錢ヲ貸與セシコトヲ以テシ而モ甲ハ敢テ保證人ト爲ラズ唯不履行ノ場合ニ一定ノ義務ヲ負フコトヲ債權者ニ約シタルトキハ是レ保證ニ似テ非ナルモノニシテ法律ハ特ニ之ヲ規定ヲ設ケス隨テ之ニ特別ノ名稱ヲ附セス而モ公益ニ反スルモノニ非ザルカ故ニ無効ニ非ス結局一種ノ無名契約ニシテ契約一般ノ規定ヲ適用スルノ外ナキモノトス其詳細ニ至リテハ保證ノ規定ヲ研究スルニ際リテ之ヲ知ルコトヲ得ン要スルニ有名契約トシテ民法ニ認ムル所ノ種種ノ契約ハ必スシモ契約ノ各種トシテ揭タルモノノミニ限ルニ非スト即チ實契約抵當契約保證契約等ハ契約ノ一節トシテ規定セルモノニ非スト雖モ法典中ニ特別ノ名稱ヲ有シ特別ノ規定ニ從フ

モノナルカ故ニ其有名契約タルヲ論ヲ缺タス此ノ如ク法律中特別ノ名稱ヲ有スルモノノ外ハ總テ無名契約ナリ蓋シ此區別ノ由リテ生シタル本源ハ羅馬法ニ在リト雖モ羅馬法ニ於テ謂フ所ノ有名無名ノ區別ハ今日謂フ所ノ此區別トハ全ク異ナレリ羅馬法ニ於ケル無名契約ノ如何ナルモノナルカラ知ラント欲セハ先ツ羅馬法ニ於ケル契約ノ原則ヲ知ラサルヘカラス羅馬法ニ於テハ羅馬法上ノ債務ヲ生スル原因タルヘキ契約ニ非ザレハ契約ト稱セス隨テ今日ノ如ク契約ノ自由ヲ認メス而シテ其限定セル契約ニハ各其名稱アリ然ルニ實際ノ必要上或一種ノ契約ヲ認メ學者之ヲ無名契約ト稱セリ此事ニ關シテハ種種ノ沿革アレトモ今一之ヲ述ヘス而シテ其無名契約ト稱セルモノハ當事者ノ一方カ或權利ヲ與ヘ若クハ或行爲ヲ爲シタルトキハ他ノ一方モ亦之ニ對シテ或權利ヲ與ヘ若クハ或行爲ヲ爲スノ義務ヲ負フモノヲ謂ヒシナリ詳言スレハ汝カ與フルナラハ我モ與ヘン汝カ與フルナラハ我ハ爲サン汝カ爲スナラハ我ハ與ヘン汝カ爲スナラハ我モ爲サント云フ四種ノ契約ハ之ヲ無名契約ト稱セリ是レ今日謂フ所ノ無名契約ト混スヘカラサルヲ勿論ナリ

此區別ノ實益如何ト云フニ有名契約ハ先ツ以テ特ニ之ニ關シテ設ケラレタル規定ニ從ハサルヘカラス例ヘハ買賣契約ニ付テハ買賣ニ關シテ特ニ設ケタル規定ニ從ハサルヘカラス唯特ニ設ケタル規定ナキトキハ爰ニ始メテ契約ノ一般ノ規定ヲ適用スヘキノミ之ニ反シテ無名契約ニ付テハ規定ナキカ故ニ縱令如何ニ其契約カ法律ノ定メタル契約ニ類似スト雖モ其特別規定ヲ適用スルコトヲ得ス又之ニ從フコトヲ要セス前ニ示シタル旅行ノ例ニ於テモ組合ニ非タル限ハ組合ニ關スル特別規定ヲ適用スルコトヲ得ス唯契約ノ一般ノ規定ヲ適用スヘキノミ學者往往無名契約ニハ之ニ類似セル有名契約ノ規定ヲ適用スヘジト論シ富井君ノ如キモ嘗テ斯ル議論ヲ主張セリ蓋シ彼ノ佛蘭西民法ノ如キ不完全ナル法典ノ下ニ於テハ或ハ斯ル議論ニ從ハサルヘカラスト雖モ苟モ新ニ法律ヲ編纂スルニ方リテハ其不完全ナルコトヲ前提トスヘカラスルカ故ニ我現行民法ニ於テハ斯ル主義ヲ採ラザリシナリ是レ特ニ注意セサルヘカラスル所ナリ但一ノ例外アリ即チ委任ニ關スル規定ヲ委任ニ類スル契約ニ準用スルコト是ナリ(第六五六條)是レ富井君ノ意見ニ出テシモノニシテ唯一ノ變例ト

謂フヘキナリ。以上六種ノ分類ヲ示セリ此他尙ホ著名ナル類別ト認メラレタルモノニシテ今日既ニ其實用ナキニ至ラタルモノノ最モ重ナルモノヲ舉ゲレハ實定契約射得契約ノ別是ナリ此區別ハ今日最早其必要ヲ見サルカ故ニ之カ定義ヲ下スノ必要ナシ賭博保險終身定期金契約等ハ射得契約ナリ即チ終身定期金契約ニ於テハ債權者カ長命ナルトキハ債務者ノ損ニシテ短命ナルトキハ債權者ノ損ナリ保險契約ノ如キモ亦然リ之ニ反シテ通常ノ買賣ノ如キハ實定契約ナリ實定契約ハ一ニ互易契約ト稱ス此契約ハ當事者ノ權利義務ノ範圍カ初ヨリ一定スル所ノモノニシテ例ヘハ賣主ノ與テヘキ權利買主ノ支拂フヘキ金額其ニ明カニ定メラルモノナリ此區別ハ古ニ在リテハ有價契約ノ細別トシテ其必要アリシモ今日ニ於テハ全ク實益ヲ失ヒタルモノナルカ故ニ今之ヲ詳論セス以上ヲ以テ契約ノ類別ヲ了ハレリ以下契約ノ規定ニ就テ論スヘシ以上ヲ以テ契約ノ何物タルモトヲ説明シテハレリ以下法典ノ規定ニ入リテ説明ヲ爲サントス而シテ余カ擔任部分ハ契約ノ規定中第一節總則ノミナルヲ以

ヲ分テ三款ト爲シ第一款ニ於テ契約ノ成立ヲ説明シ第二款ニ於テ契約ノ効力ヲ説明シ第三款ニ於テ契約ノ解除ヲ説明セントス

第一款 契約ノ成立

契約成立ノ要素ハ第一當事者ノ意思ノ合致ニシテ第二一定ノ目的是ナリ而シテ第二ノ要素タル一定ノ目的ニ付テハ論スヘキコト多アリト雖モ總テ法律行為一般ニ通スル事項ニシテ敢テ契約ニ特別ナルモノニ非ス故ニ其説明ヲ總則編ノ講義ニ譲リ此ニハ唯第一ノ要素タル當事者ノ意思ノ合致ニ付テハ説明スヘシ其論ハ後ニ詳述スル所ナリ

契約ヲ法律行為ノ一種タルコトハ既ニ説明シタル所ナリ人動モスレハ契約ニハ二箇ノ法律行為ヲ包含スルカ如ク論スル者ト雖モ其釋ハルコトハ既ニ之ヲ詳論シタル所ナリ然レトモ契約ハ申込ト稱スル意思表示及ヒ承諾ト稱スル意思表示アリテ始メテ成立スルモノナルカ故ニ如何ナル場合ニ於テモ少クモ二箇ノ意思表示ヲ包含シ若シ當事者數人アルトキハ三箇以上ノ意思表示ヲ包含ス

シ彼ノ組合ノ如キハ多クハ三箇以上ノ意思表示ヨリ成立シ又賣買ノ如ク通常二箇ノ意思表示ヨリ成立スルモノト雖モ時トシテハ三箇以上ノ意思表示ヨリ成立スルコトアリ即テ組合ニ在リテハ組合員三人以上ナルトキハ必ス三箇以上ノ意思表示アリ又賣買ニ在リテハ賣主若クハ買主二人以上アルトキハ意思表示ハ必ス三箇以上アルナリ但意思表示ガ數箇アル場合ニ於テモ其數箇ハ必ス申込又ハ承諾ナルヘシ申込トハ契約ノ發議者ノ意思表示ヲ謂ヒ承諾トハ其相手方ノ意思表示ヲ謂フ即チ申込アリテ此ニ承諾アリテ承諾アリテ此ニ始メテ契約成立ス之ヲ賣買ニ付テ言フハ賣主ヨリ或條件ヲ以テ自己ノ或所有物ヲ賣ラントトテ提議シ相手方カ之ヲ買フヘキ旨ヲ答ヘタリトセン此場合ニ於ケル賣主ノ提議ハ申込ニシテ買主ノ答ハ承諾ナリ又時トシテ買主ヨリ或條件ヲ以テ相手方ノ或財產權ヲ買ハントテ提議シ相手方カ之ヲ賣ルヘキ旨ヲ答フヤコトアリ此場合ニ於ケル買主ノ提議ハ申込ニシテ賣主ノ答ハ承諾ナリ是レ賣主若クハ買主カ二人以上アル場合ニ於テモ同ニシテ時トシテハ二人ヨリ數人ノ賣主又ハ買主タルヘキ者ニ對シテ提議ヲ爲ス只トアリ此ノ如キ場合ニ

於テハ其一人ノ提議ハ即チ申込ニシテ相手方タル數人カ之ニ應スルトキハ即チ承諾アルモノナリ組合ノ場合ノ如キハ時トシテ何レノ意思表示カ申込ニシテ何レノ意思表示カ承諾ナルカ判然セサルコトナキニ非スト雖モ仔細ニ之ヲ觀察スレハ必ス其一二屬スルコトヲ知リ得ヘシ例ハ三人ニテ組合契約ヲ爲ス場合ニ於テモ三人同時ニ之ヲ協議スルカ如キハ殆ト絶無ニシテ初メ一人ヨリ其計畫ヲ他ノ一人ニ諮リ協議熟シタル後更ニ之ヲ第三ノ者ニ謀ルカ如キ例少ナシトモ即チ第一ノ者ヲ甲ト名ケ第二ノ者ヲ乙ト名ケ第三ノ者ヲ丙ト名ケレハ甲ヨリ乙ニ之ヲ提議シ其承諾ヲ得タル上但乙ノ承諾ハ多クノ場合ニ於テ丙ノ承諾ヲ條件トスルモノナリ更ニ兩名ヨリ之ヲ丙ニ提議シ丙之ヲ承諾スルトキハ此ニ組合契約成立スヘシ而シテ此場合ニ於テハ其中ノ一人ハ純然タル申込者ニシテ他ノ一人ハ純然タル承諾者ナリト雖モ餘ノ一人ハ或二人ニ對シテハ承諾者ナルモ或他ノ一人ニ對シテハ申込者ナリ隨テ意思表示ノ數ハ當事者ノ數ヨリ多ク甲乙ノ間ニ於ケルモノニ箇及ヒ甲乙丙トノ間ニ於ケルモノニ二箇合セテ四箇アリ而モ其申込ト承諾トハ判然之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ

又時トシテハ其中ノ一人提議者ト爲リ他ノ全員ニ對シ書面等ヲ以テ之ヲ交渉シ其同意ヲ得ルコトアリ此場合ニ於テハ其一人ノ申込者ニシテ他ノ全員ハ承諾者ナリ此他當初純然タル申込及ヒ承諾ナク單ニ數人協議ノ結果一ノ申込書ヲ作り之ヲ他ノ一人ニ送付シテ其同意ヲ得ル場合ノ如キハ其數人ハ申込者ニシテ他ノ一人ハ承諾者ナルヘシ之ヲ要スルニ申込ト承諾トハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ判然スルニ難カラス其ハ△組合契約ノ成立ニハ初メ豫期シタル人員悉ク同意スルコトヲ要スルヤ否ヤ例ハ三人ニテ組合契約ヲ爲サントスル場合ニ於テ其中ノ一人不同意ヲ唱フルトキハ其契約ハ成立スルニ至ラズシテ止ムヤ否ヤハ一ノ問題ナリト信ス然レトモ是レ畢竟當事者ノ意思解釋ノ問題ニシテ意思表示ヲ爲シタル當事者カ全員ノ同意ヲ條件トセシヤ否ヤハ全ク事實問題ナルカ決ニ須ク其當時ノ事情ヲ斟酌シテ當事者ノ意思ヲ解釋スヘキモノトス而シテ若シ當事者カ全員ノ同意ヲ條件トセシコト明カナルトキハ一人ノ不同意者アルモ契約ハ爲メニ成立セヌ之ニ反シ當事者カ不同意者アル場合

ニ於テハ同意者ノミニテ契約ヲ成立セシムル意思アリト看ルヘキトキハ
繼令不同意者アルモ爲メニ契約ノ成立ヲ妨タルコトナシ唯當事者ノ意思何
レニ在リシカ疑ハシキ場合ニ於テハ寧ろ全員ノ同意ヲ條件トセシメシト解ス
ルヲ穩當トスヘキノミ蓋シ組合ニ如キニ在リテハ多ク場合ニ於テ必ズシテ
全員ノ同意ヲ條件トスルモノニ非サルヘシト雖モ賣買ノ如キニ在リテハ他ノ
當事者ノ同意ナキトキハ契約ヲ成立セシメサルノ意思ナルヲ通例トス例ヘハ
一人ヨリ二人ニ對シ成物ヲ賣ル場合ニ於テ特約ナキトキハ賣主ハ全部ノ所有
權ヲ賣リ買主ハ二人共同ニテ全部ノ所有權ヲ買フモノトスヘシ然レニ買主ノ
一人承諾ヲ爲ササルトキハ賣主ハ其半ハノ所有權ヲ賣リ買主ハ其半ハノ所有
權ヲ買フノ結果ト爲リ契約ノ目的全ク變更スルニ至ル而シテ初メ當事者カ申
込及ヒ承諾ヲ爲スニ當タリ此ノ如キ意思ヲ包含セシメタリトスルニハ極メテ
明白ナル證據ナカルヘカラス況ヤ買主ノ一人カ他ノ一人ノ承諾ナキトキハ己
レ一人ニテ其全部ヲ買受クルノ意思ヲ有セシモノト解スルハ固ヨリ其當ヲ得
ス故ニ此ノ如キ場合ニ於テハ新ニ契約ヲ爲スハ固ヨリ妨ケナシト雖モ前ノ契

約ヲシテ有效ナラシムルコトハ多ク場合ニ於テ能ハサル所ナリト信ス
此ニ一ノ疑問アリ意思ノ合致ハ申込ニ對スル承諾アルコトヲ要スルカ將タ單
ニ當事者雙方ノ意思吻合スレハ足レリトスルカ換言スレハ偶然同一ノ目的ヲ
以テ雙方ヨリ申込ヲ爲シ其申込交叉シタルトキハ意思ノ合致アラド謂フコト
ヲ得ルカ例ヘハ東京ノ甲ナル者大阪ノ乙ナル者ニ對シ一石十圓ノ割合ヲ以テ
米百石ヲ買ハンコトヲ申込ミ之ト同時ニ乙ヨリ甲ニ對シ同シク十圓ノ相場ヲ
以テ米百石ヲ賣ランコトヲ申込ミ雙方ノ書面行達セタリトモシ果シテ意思
ノ合致アルモノトシテ契約成立スルヤ否ヤ余ヲ以テ之ヲ見ル此場合ニ於テ
ハ當事者雙方ノ意思合致セリト云フニ十分ナリト信スルカ故ニ立法論トシテ
ハ契約ノ成立ヲ認ムルモ毫モ不可ナシ而シテ契約成立ノ時期ハ後ノ申込ヲ發
シタル時ニ在リト曰ハントス然レトモ我民法ノ解釋トシテハ此說ヲ執ルコト
ヲ得ス我民法ハ申込ニ對スル承諾アルコトヲ必要トスルモノナリト謂ハサル
ヘカラス何トナレハ第五百二十一條以下ニ於テハ常ニ申込ニ對スル承諾アル
コトヲ前提トシ加之第五百二十六條ノ如キハ隔地者間ノ契約ハ承諾ノ通知ヲ

發シタル時ニ成立スル旨ヲ規定シ同條ニ所謂承諾ハ前數條ノ規定ニ依リテ明
カナル如ク申込ニ對スル承諾ヲ謂ヘルモノナルカ故ニ申込トシテ爲シタル意
思表示ハ同條ニ所謂承諾ニ非ス隨テ此意思表示ヲ發シタル時ニ契約成立スル
モノト云フコトヲ得ス而シテ是レ取テ法文ノ不備ニ非ス外國ニ於テハ頗ル購
論アル問題ナルヲ以テ我立法者ハ申込ノ交又アルノミニテハ未ダ契約ヲ成立
セシムルニ十分ナラストシ必ス申込ニ對スル承諾ナカルヘカラストノ主義ヲ
採リシナリ今其理由トスル所ヲ按スルニ申込ノ意思表示ト承諾ノ意思表示ト
ハ全ク其趣旨ヲ異ニシ申込ノ意思表示ヲ爲ス者ハ其意思表示ニ因リテ未ダ契
約成立スルコトナク隨テ申込ノ通知カ相手方ニ到達セタル前ニ於テ一層迅速
ナル方法ヲ以テ之ヲ取消ストキハ其申込ハ效力ヲ生セスシテ丁ハルヘタ其他
場合ニ依リテハ何時ニテモ之ヲ取消スコトヲ得ルモノト信スルハ常ニシテ少
クとも其通知カ相手方ニ到達スル前ニ於テ契約成立スヘシトハ舊テ豫期セテ
ル所ナリ然ルニ其通知カ未ダ相手方ニ到達セタル前偶々相手方ノ發シタル第
二ノ申込カ承諾ニ等シキ效力ヲ生スルモノトセハ第一ノ申込ヲ爲シタル者ニ

取リテハ其豫想ヨリモ早ク契約ノ成立スルコトヲ爲リ隨テ未ダ取消ノ餘地ア
リト信セルニ拘ハラズ取消ヲ爲スコトヲ得タルニ至ルヘシ尤モ立法論トシテ
ハ此ノ如キ場合ニ付キ例外ヲ設クルコトヲ得ヘシト雖モ尙モ特別ノ規定ナキ
限ハ右ノ如キ結果ト爲ルヘシ殊ニ第二ノ申込ヲ爲シタル者ハ自己ノ申込カ先
方ニ到達シ先方ヨリ之ニ對スル意思表示ヲ爲シタル後始メテ契約成立スルモ
ノト信スルハ當然ニシテ自己ノ申込ヲ發スルト同時に契約成立スヘシトハ未
ダ曾テ夢裡ニモ想像セタル所ナリ隨テ申込ノ交又アルノミヲ以テ契約成立ス
ルモノトスルハ甚ダ當事者ノ意思ニ反シ意思表示ノ趣旨ヲ變更スルモノナリ
ト云フニ在ルカ如シ是レ固ヨリ一理ナシトモス故ニ余ハ強ヒテ民法ノ主義ヲ
非トスル者ニ非ス而シテ此ノ如キ場合ハ實際極メテ稀ニ生スルノミニシテ隨
テ必スレモ重要ナル問題ニ非サルカ故ニ孰レノ主義ヲ取ルモ殆ト不可ナキニ
似タリトモ其間ニ微々ニ異論アリ然レモ余ハ前記ノ意思表示ノ趣旨ヲ以テ
以上ハ申込及ビ承諾ニ關スル一般ノ說明ニ係レリ以下各種ノ問題ニ入リテ法
律ノ規定ヲ説明セントス仍ツ契約成立ノ時期如何ノ原則ヨリ論スヘシ

第三號訴訟上ノ法律行為既預知後ハ權利消滅ノ欲ニ至ルハ其結果生ズル民
民事訴訟法風權保護ノ手續ナリ以テ當事者ヲ救フ其意思ハ依テ之ヲ終リ得
ルコトヲ得セシメタルヘカラス是レ即チ民事訴訟ニ於テ訴ノ取下又ハ和解等
ニ依リ常ニ訴訟ヲ終リセシムル所以ナリ此等ノ行為ハ或訴訟法上ノ效果ヲ生
スルコトヲ目的トスル當事者ノ意思表示ニシテ法律上此意思ヲ認定之ニ一定
ノ效果ヲ附シタルモノナリ以テ法律行為タル性質ヲ有スル地ナリ權利タル
ヘカラス前章ノ拋棄認諾ノ如キモノ亦訴訟法上ノ法律行為ニ外望及ボテ提出
法律上訴訟手續ニ關スル一定ノ法律上ノ效果ヲ生スルニ意図有テスル當事
者ノ意思並効力ヲ附スルコトヲ至當權認ムル場合ニ於ケルハ亦訴訟手續ニ關ス
ル右ノ當事者ノ意思表示ニ一定ノ効力ヲ附スルモノトス例ヘハ裁判所ノ管轄
ニ關シル合意ヲ如キ是ナリ此等ノ行為ハ亦訴訟法上ノ法律行為ニ外望及ボテ
ナリ也又ハ或當事者ノ訴訟上ノ權利消滅ノ意思表示ノ效果ハ當事者ノ目前
訴訟材料ヲ提供スル當事者ノ行為ニ限定シテ法律上ノ效果ヲ生ラズ然レ意
思表示ニ其ノ例外例例當事者ノ判決ヲ受テ其ノ事項ヲ申立テ得ル者モ其ノ

ヲ爲ス訴訟手續ニ於テハ當事者ハ訴訟行爲ニ關係ス以テ之ヲ爲ス爲日本則チ其
スモノナリ加之此手續ニ於テハ裁判所ノ口頭ヲ以テテハ當事者ハ訴訟行爲ノ
ミヲ斟酌スルモノト得ルモノナリ是レ裁判所ノ口頭辯論主義ニ依リテ所爲
口頭辯論主義ノ反對ヲ爲スモノ又書面主義ヲ稱ス惟獨於此ニハ口頭辯論
主義ヲ採用シタルニ獨逸ニ於テハ永ク書面主義ヲ維持セシ然レ共佛國ノ法制
カ獨逸ニ影響ヲ及ブスニ當リ獨逸ニ於テハ口頭辯論主義ヲ採用スル法律及
草案ヲ編制シタル獨逸帝國民事訴訟法ハ幾多ノ議論ヲ結果違背該辯論主義
ヲ採用セリ我民事訴訟法ニ於テハ全ク獨逸民事訴訟主義ヲ採用スルモノ
ナリ蓋シテ其間ニ獨逸ニ於テハ裁判所ノ口頭辯論主義ヲ採用スルモノ
以上述ヘタル如ク我民事訴訟法ハ判決ヲ爲スモノハ訴訟手續ニ依リテ口頭辯論主
義ヲ採用スルモノ左ノ場合ニ於テハ例外ナシ然レ主義ニ依リテ之ヲ採用スルモノ
第一 訴又ハ上訴若シテ故陳書面ヲ以テ之ヲ爲スモノハ之ヲ採用スルモノ
ノ訴訟手續ニ於テハ口頭ヲ以テ之ヲ爲スモノハ之ヲ採用スルモノ
第二 訴訟手續ノ全部又ハ一發決免結若シテ訴又ハ取更又ハ故陳書面ヲ以テ之ヲ

下ハ書面ヲ以テ之ヲ爲スモノト得ルモノ是レ蓋シテ此等ノ行爲ヲ爲スモノハ特
口頭辯論ニ關係スル必要ナカラズ然レ其間ニ獨逸ニ於テハ裁判所ノ口頭辯
第三 判決ヲ受テベキ事項ノ申立ハ書面ニ基キテ之ヲ爲スモノナリ故ニ
口頭ヲ以テ判決ヲ受テベキ事項ノ申立ヲ爲スモノハ書面ニ之ヲ記載ナキトキハ其
申立ノ效力ヲ生セザルモノナリ是レ判決ヲ受テベキ事項ノ申立ノ事實ナルヲ
トテ欲スル趣意ニ出テタルモノナリ又之ヲ證明スルモノハ其間ニ獨逸ニ於テハ
第四 受命判事ノ面前ニ於テハ準備手續ヲ命シタル場合ニ於テハ調書ヲ以テ
明確ニシタル當事者ノ陳述ニ非サレバ之ヲ以テ裁判ノ基本ト爲スコトヲ得ナ
ルモノナリ故ニ當事者カ準備手續ノ調書ニ於テ明確ニセサル事項ヲ受命裁判
所ノ口頭辯論ニ於テ陳述スルモノ其效力ヲ生セザルモノナリ是レ受命裁判所ノ
口頭辯論ヲ簡略ナラシムル趣意ニ出テタルモノナリ又之ヲ證明スルモノハ其間
判決以外ノ裁判即チ決定又ハ命令ヲ爲スモノハ準備手續ニ於テハ必要ナル口頭辯
主義ニ依ルモノニ非ス法律ニ或場合ニ於テ口頭辯論ヲ必要トシ或場合ニ於テ
ハ裁判所ノ意見ニ因リテ口頭辯論ヲ爲サシメ或場合ニ於テハ口頭辯論ヲ爲ス

ハキモ事ヲ付違違ニ付テハ説明ヲ要スルハ多クハ訴訟手續ニ於テ重要ナル行為ナリト後述之ヲ詳説スルハ自明ナリト雖モ此ノ點ハ裁判所ノ職權ヲ指揮シテ訴訟手續ヲ爲スルハ裁判所ノ職權ナリト完全ナル材料ヲ得ルコトヲ努メタルヘカラス是レ即チ所謂訴訟ノ指揮ト稱スル裁判所ノ行為ナリ例ヘハ裁判所カ口頭辯論ヲ開キ問フ發シテ當事者ノ不明瞭ナル申立ヲ釋明セシメ又ハ其不完全ナル事實上之陳述ヲ補充セシメ又ハ訴訟手續ヲ無効トシテ未ダ欠缺ノ有無ニ調査シ又ハ訴訟能力有無ニ調査シ又ハ訴訟手續ノ妨礙又ハ併合ヲ命スルカ知シ又ハ因ハキ又ハ七ノ點第四點訴訟手續ノ蒐集又ハ至當ナル材料ヲ蒐集シ又ハ材料ヲ以テ本南トスル點或例外ノ場合ニ於テ裁判所ノ職權ヲ以テ之ヲ爲スルハ得ルハ例外ノ職權ヲ以テ檢證若シテ鑑定ヲ命スルカ知シ又ハ是カテ然ルハ既決ノ公平ヲ維持スルハ第五點職權擴張ニ關シテ是人ノ裁量上ノ點ニ關シテ裁量ヲ爲スルハ裁量ノ範圍

凡ソ民事訴訟手續ノ正確ニ實行セシメルハ裁判所ノ職權ナリト雖モ訴訟手續中ニ生ズル其他ノ事項ニ付至當ナル證書ヲ作成シ之ヲ認證スルハ裁判所ノ正當ナル職務ナリ例ヘハ判決其他ノ裁判ニ付テ書面ヲ作成シ各當事者ノ陳述若シテ證人ノ供述ニ付テ證書ヲ作成スルハ是カテ然ルハ既決ノ公平ヲ維持スルハ第六ノ私權ノ保護ヲ準備スル裁判及執行行為ノ意ヲ示スルハ是カテ然ルハ既決ノ公平ヲ維持スルハ私權保護ノ手段ナル判決ヲ爲スルハ訴訟手續及強制執行ノ手續ニ於テハ訴訟手續ノ續行又ハ訴訟ノ結果ニ影響スル及至當ナル種種ノ問題ヲ生ズル點問題ヲ決スルカ爲メ先ヨリ裁判ヲ爲ス必要ナルモノトシテ例ヘハ先ヨリ請求ノ原因ヲ存否ヲ決シ民事訴訟ノ成立若シテ不成立ニ關シテ爭決シ又ハ既決官拒絕若シテ決シテ裁判ヲ爲ス必要ナルカ知シ又ハ是カテ然ルハ既決ノ公平ヲ維持スルハ訴訟手續ノ進行中ニ在リテハ外界ニ於テ或結果ヲ惹起スルカ爲メ執行行為ヲ爲ス必要ナルモノトスル例ヘハ呼出ニ應ジテ出頭スル證人ヲ拘引スルカ知シ又ハ是カテ然ルハ既決ノ公平ヲ維持スルハ民事訴訟ノ進行中ニ於テハ之ニ附隨シテ尙他ノ手續ヲ生ズルモノナリト雖モ此等ノ手續ハ民事訴訟ノ目的ノ爲メニ存在スルモノナルカ故

判所又ハ裁判長ハ抗告人趣旨ヲ絶トテ其裁判人取消ヲ爲サズ得ル者如シ
當事者ハ裁判ニ對シテ不服又申立タル所ト得ヘシ不服申立ノ方論ハ控訴上
告抗告ナリ當事者カ初ヨリ或裁判所ニ對シテ不服又申立タル所ト得ル者
キ又ハ之ヲ爲スコト能ハサルヲ至リタルトキ其裁判ハ確定スモノナリ上
級裁判所カ下級裁判所ノ裁判ヲ取消スコトヲ得ル當事者カ不服申立ヲ爲
シタル場合ニ限ルモノナラバ以テ裁判ヲ確定シタル所トキハ上級裁判所モ亦之
ヲ取消スコト能ハサルニ至ルモノナリ右ニ違フモノ所ニ據ル裁判ヲ確定シ
タルトキハ當事者ハ絕對的ニ其裁判ニ拘束ヲ受ルモノナリ上級裁判所モ
亦絕對的ニ下級裁判所ノ裁判ヲ取消スルコト能ハサルニ至ルモノナリ上級裁判所モ
カラス

第十一章 訴訟手續

第一節 訴訟手續ノ區別

民事訴訟ハ判決又ハ強制執行ニ依リテ私權保護ノ目的ヲ達スルモノナリ又以
テ民事訴訟法ハ之ヲ大別シテ判決ヲ爲ス訴訟手續及ビ強制執行手續ノ二ト爲ス
コトヲ得ヘシ判決ハ其執行ヲ俟タズシテ私權保護ノ目的ヲ達スルコトヲ又
ハ全ク執行スルコト能ハサルモノアリ又強制執行ニ依リテ判決ニ依リテ之
ヲ爲スモノニ非ス判決以外ハ原因例ヘハ公正證書若クハ裁判上ノ和解ニ基キ
テ之ヲ爲スコトアルモノナリ故ニ判決ヲ爲ス訴訟手續ト強制執行手續トハ各
獨立ノ存在ヲ有スルモノナリ之ヲ要スル強制執行手續ハ判決ヲ爲ス訴訟手
續ニ伴ヒテ必ス生ズルモノニ非ス又判決ヲ爲ス訴訟手續ハ強制執行手續ノ前
ニ於テ必ス存在スルモノト謂フコト能ハス此ノ如ク此二箇ノ訴訟手續ハ獨立
ノ存在ヲ有スル者故ニ亦各異ナル行為ニ依リテ開始スルモノナリ即チ判決
爲ス訴訟手續ハ提起ニ依リ又強制執行手續ハ執行裁判所ニ對テ申請若
クハ執達吏ニ對テ申請求ニ依リテ始マルモノナリ又法律發達ヲ斷行對之ヲ觀
ルモ民事訴訟手續トシテ先ツ發達シタルモノハ強制執行手續ナリ判決ヲ爲ス
訴訟手續ノ發達シタルハ比較的後世ニ屬スルモノナリ又之ニ對シテ

判決ヲ爲ス訴訟手續ハ其速ニ進行スルコトヲ計ルカ爲メ又ハ之ヲ簡易ナラシムルカ爲メニ設ケタル特別ノ規定ニ從フコトアリ又訴訟物ノ性質ノ如何ニ依テ通常ノ場合ニ異ナル規定ニ從フコトアリ故ニ判決ヲ爲ス訴訟手續ハ之ヲ分テ通常訴訟手續及特別訴訟手續ニト爲スルコトヲ得ルモノナリ然レモ訴訟手續ハ證據方法ヲ制限シテ迅速ニ訴訟手續ヲ進行セシムルコトヲ目的トスルモノナリ又督促手續ハ簡便ナル手續ニ依テ請求ノ存在ヲ確定シ以テ速ニ強制執行ヲ爲スカ爲メニ存スルモノナリ而シテ人事訴訟其目的物ノ利益ト關係ヲ有スルヨリシテ通常ノ場合ニ於ケルモノ異ナル規定ニ從フモノナリ故ニ證券訴訟手續督促手續及人事訴訟手續ハ特別訴訟手續ナリ今此ノ如ク通常訴訟手續ノ外ニ尙ホ特別訴訟手續ヲ設ケタル所以ハ實際ノ必要ニ出タタルモノニシテ細密ニ私權保護ノ必要ヲ有スル調査員ルコトヲ得セシムル外時トシテハ迅速ニ私權ノ保護ヲ與テ權利トヲ得セシムルコトヲ得ルモノナリ然レモ民事訴訟ノ範圍ニ屬スル強制執行手續ニ於テ通常手續特別手續區別別ルモノナリ得セシムル債務者

第二節 訴訟行為ノ順序

カ無資効訴訟ノ場合ニ於テ之ニ對シテ爲ム強制執行ハ所謂破産手續ニシテ破産債權者ヲシテ平等ニ排擠ヲ得ルハ其力爲メニ設ケタル特別ノ規定ニ從フモノナリ故ニ一ツ特別手續ナリ通常強制執行ノ手續ハ其目的物ノ動産者ハ不動産者ナルトニ由リテ各別ノ規定ニ從フ必要アリ以テ更ニ之ヲ分テ動産ノ強制執行及不動産ノ強制執行ニ區別スルモノナリ然レモ強制執行ハ其ノ之ヲ保全スル必要アリトアリ凡ソ強制執行ハ執行力アル債務名義ニ基テ之ヲ爲スヘキモノナレハ其名義ヲ得ル前ニ債務者ハ無資力ト爲ル場合アリ又現狀ノ變更ニ因リテ強制執行ヲ爲スルコト能ハサル無資力トナリ是レ即チ強制執行保全ノ手續ナリ假差押及ヒ假處分ノ手續ヲ設ケタル所以ナリ當ルモノナリ民事訴訟ノ自由ノ意思ニ基テハハロイテ得ヘキモノナリ然レモ民事訴訟ノ範圍ニ屬スル強制執行ハ多數ノ訴訟行為ニヨリ成立スルモノナルヲ以テ其迅速且秩序ノ進行スルコトヲ計リ且其促進ヲ防カカ爲メ訴訟行為ノ順序ヲ定ムル必要アリモ

ナリ然レモ事件ノ真相ヲ明カニスル爲メ訴訟ハ繼續ニ審理ヲ爲スナルハ
必要ナリ以テ漫ニ訴訟手續ノ進行ヲ速クセシムヘクモ凡モ其非ハ故ナク此點ハ
リ觀ルモ亦訴訟行為ノ順序ヲ定ムル必要アリ故ニ如何ニ訴訟行為ノ順序ヲ定
ムヘキカハ立法上重大ナル問題ニ屬スルモノナリ今法律カ訴訟行為ノ順序ヲ
定ムルニ當リタハ之ヲ當事者ノ自由ノ意思ニ放任スルコトヲ得ヘク又ハ裁判
所ノ訴訟ヲ指揮シ一任スルコトヲ得ヘク或ハ規定ヲ設ケテ豫メ之ヲ一定スル
コトヲ得ルモノナリ而シテ法律カ如何ナル主義ヲ採リタルカハ訴訟手續ノ體
裁ニ大ナル影響ヲ及ボスモノナリ民事訴訟法ノ沿革ニ於テ最近注目スルモ
ソハ訴訟行為ノ順序ヲ關スル主義ノ異同ナリ凡モ其關係ハ法律カ如何
ニ訴訟手續法ヲ訴訟手續ニ於テハ所謂併合主義及ヒ證據判決ナルモノノ存在セ
ル所謂併合主義トハ同時に同種類ノ訴訟行為ヲ爲スヘキコトヲ命スルモノニ
シテ或時期ヲ爲スヘカシテ訴訟行為ヲ爲サザルモノトモ後日之ヲ爲スモノトモ
ハテザルモノトモナリ併合主義ハ書面主義ニ伴ヒテ發達セタルモノナリ何
ナレハ書面主義ヲ採ル以上ハ併合主義ヲ實行スルハ容易ナルモノナラス併

合主義。因テ同時ニ同種類ノ訴訟行爲ヲ爲サシムルニ非ラレハ訴訟手續ヲ進行ヲ見ルコト不能ナル結果ヲ生ズルヲ以テ於テ然レトモ併合主義ニ或ハ必要ヲ生ズルコトナカルベキ訴訟行爲ヲモ同時ニ爲サシムル結果ヲ生ズルヲ以テ無益ノ手數ヲ生ズルに至ルモノナリ加之併合主義ヲ探ルトキハ或訴訟行爲ヲ爲スルキ時期ノ經過ニ依リ其訴訟行爲ヲ排斥スルカ爲メニ生ズル苦悶ナル結果ヲ除クカ爲メ多ク場合ニ於テ原狀回復ヲ許スベキ必要ヲ生ズルモノナリ又所謂證據判決トハ孰レハ當事者カ舉證ノ責任ヲ盡シタルヲ言渡シタルヲ而シテ此判決アリタル後ハ唯レ證據方法ヲ提出スルコトヲ得ルハ其ニシテ事實ノ主張ヲ爲スコト不能ナルモノナリ故ニ證據判決ハ大ニ事實ノ真相ヲ得ルノ妨ト爲ルモノト謂ハルカラス。然レモ證據當國與事權當國右ニ違ハタル所ニ反シ佛國民事訴訟法ニ於テハ併合主義及ヒ證據判決ナルモノヲ認メス當事者ヲシテ其欲スル所ニ從ヒテ如何ナル時期ニ於テモ訴訟行爲ヲ爲シコトヲ得モシテリ證據方法モ亦口頭辯論中ニ於テ何時ニテモ之ヲ提出スルコトヲ得ルモノト定メタリ故ニ佛國ニ於テハ訴訟手續ハ甚ダ實際ニ適

スルモノト謂ハサルヘカラス而シテ佛國民事訴訟法併合主義ヲ採用スルハ其口頭辯論主義ヲ採リタル結果外ハ其辯論中ニ獨リ同調ニシテ其佛國勢力範圍及マニ當リ其民事訴訟法モ亦獨逸ノ模倣スル所ト爲リ佛國民事訴訟法ノ主義ヲ採リタル民事訴訟法及ヒ草葉合獨逸各邦間於テ編制セラルタリ獨逸帝國ノ成ルキ此等ノ法律及ヒ法案ニ依リテ獨逸帝國民事訴訟法ヲ編纂セリ我民事訴訟法ハ獨逸民事訴訟法ヲ繼受シテ其モイモ之ヲ被此殆ト同一ナリ我民事訴訟法ニ於テハ獨逸民事訴訟法ト同シテ當事者ヲシテ口頭辯論ノ始ヨリ終ニ至ルマデ何時ニモ一切ノ攻擊若クハ防禦ノ方法ヲ提出スルコトヲ得セシメタル故ニ我民事訴訟法ニ據リテ訴訟手續ニハ何等ノ段落ナキモノト謂ハサルヘカラス然レトモ被告カ妨害抗辯ヲ提出シテ本案ノ辯論ヲ拒ミタル裁判所ハ先ツ其抗辯ニ付キ辯論及ヒ裁判ヲ爲ササルヘカラス然レモ之ヲ隨テ被告カ妨害抗辯ニ基キテ本案ノ辯論ヲ拒ムトキハ原告ハ本案ニ付キ何等ノ訴訟行為ヲ爲スコトヲ得サルモノトス故ニ此場合ニ於テハ本案前ニ於ケル訴訟手續ヲ生シ訴訟手續ニ一ノ段落ヲ見ルモ至ルモノナリ又被告ハ法律

ノ規定ニ依リ本案ノ口頭辯論ヲ始ムル前ニ一切ノ妨害抗辯ヲ提出セサルヘカラス然レモ本則トスルカ故ニ妨害抗辯ノ提出ニハ法律上一定ノ時期アルモノト謂ハサルヘカラス又裁判所ハ中間判決又ハ一分判決ヲ以テ或爭點又ハ數箇ノ請求中ノ或請求ニ關スル裁判ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ裁判所ガ一タヒ之ニ關スル裁判ヲ爲シタルトキハ當事者ハ後日其爭點又ハ請求ニ關シテ何等ノ攻擊若クハ防禦ノ方法ヲ提出スルコト能ハサルニ至ルモノナリ故ニ此場合ニ於テモ亦訴訟手續ニ一ノ段落ヲ生スルモノト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ我民事訴訟法ニ於テハ法律ノ規定ヲ以テ訴訟手續ニ一定ノ段落ヲ設ケル場合甚タ稀ナリト雖モ被告ノ行為又ハ裁判所ノ意見ニ因リテ訴訟手續ニ段落ヲ生スル結果ヲ來スモノト謂ハサルヘカラス然レモ此等ノ場合ニ於テハ訴訟手續ノ進行ヲ速ナラシムルカ爲メ數箇ノ請求ニ付テハ辯論及ヒ裁判ヲ併合スルコトヲ得ルモノナリ又裁判所ハ訴訟手續ノ混雜ヲ防カ爲メ數箇ノ請求ニ關スル辯論ヲ分離シ又ハ獨立ナル攻擊若クハ防禦ノ方法ノ一二ニ辯論ヲ制限スルコトヲ得ルモノナリ之ヲ要スル裁判所ハ其意見ニ依リ辯

論ノ分限併合若クハ制限ノ方法ヲ以テ訴訟行為ノ順序ヲ定ムルモノト謂ハサルヘカラス

第三節 口頭辯論

口頭辯論ハ裁判所カ判決ヲ爲スニ當リテ必ス之ヲ爲スコトヲ要スルモノトス而シテ其他ノ裁判ヲ爲スニ當リテハ或ハ之ヲ爲スコトヲ必要トシ或ハ裁判所ノ意見ニ從ヒテ之ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ當事者カ口頭辯論ヲ爲スヘキ場合ニ於テハ口頭ノ陳述ニ代ヘテ書面ヲ朗讀シ又ハ之ヲ援用スルコトヲ得ナルモノナリ唯文字ノ意義ヲ明カニスヘキ場合ニ限リテ書面ノ朗讀ヲ爲スコトヲ得ルモノナリ

口頭辯論ハ之ヲ公開ス即チ訴訟ニ關係セサル者ト雖モ之ニ立會フコトヲ得ルモノトス所謂公開主義即チ是ナリ公開主義ハ公衆ヲシテ裁判所ノ行為ヲ監督スルコトヲ得セシムルモノナレバ裁判所ニ對スル信用ヲ維持シ且裁判所ヲシテ公平ニ職務ヲ執行セシムル結果ヲ生ズルモノナリ加之公開主義ハ訴訟關係

者ヲシテ誠實且勤勉ニ訴訟ヲ爲サシムルニ至ルモノナリ公開主義ハ此ノ如ク利益ナル結果ヲ生ズルモノナリト雖モ民事訴訟ニ於テハ刑事訴訟ニ於ケル如ク其必要ノ大ナルモノニ非ス加之民事訴訟ニ於テ公開主義ヲ實行スルトキハ時トシテ當事者ノ利益ヲ害スルコトオシトセス且辯論公開ノ規定ニ反スルカ爲メ訴訟手續ノ無効ト爲ルカ如キ結果ヲ生ズル弊アリ公開主義ハ本則トシテ之ヲ認ムレトモ又幾多ノ例外ナキニ非ス

口頭辯論ハ當事者カ裁判ヲ爲スヘキ事項ニ申立ヲ爲スニ因リテ始マル即チ當事者カ口頭辯論ヲ爲スニ當リテハ先又如何ナル裁判ヲ得ントスルカヲ申立タルヘカラス而シテ當事者カ其中立ヲ爲シタルトキハ更ニ其申立ノ事實上及ヒ法律上ノ理由ヲ辯明セサルヘカラス即チ當事者ハ其中立ノ理由アルモノト明カニスルカ爲メ其申立ノ基礎タル權利ノ因テ生ズル事實及ヒ法律ノ規定ヲ陳述スヘキモノトス

當事者ハ互ニ相手方ノ事實上ノ主張ニ對シテ陳述ヲ爲ササルヘカラス而シテ當事者カ相手方ノ事實上ノ主張ニ對シテ陳述ヲ爲スニ當リテ其主張ノ真實

ナリヤ否ヤヲ陳述スヘキモノニシテ決シテ不知ノ陳述ヲ爲スコトヲ得タル場
ノトモ唯不知ノ陳述ハ相手方ノ主張シタル事實カ當事者其者ノ行為ニ非サル
トキ又ハ其實驗シタルモノニ非サルトキニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ルノミ當事
者カ不知ノ陳述ヲ爲スコト能ハサル場合ニ於テ知ラサル旨ヲ答タルトキハ
何等陳述ヲ爲ササルト同一視セラルルモノトス此ノ如ク當事者カ自己ノ行為
又ハ其實見シタル事實ニ付キ不知ノ陳述ヲ爲スコトヲ得タルモノト定メタル
ハ蓋シ法律カ事實ノ真相ヲ明カニセシトスルト此等ノ事實ニ付キ不知ノ陳述
ヲ爲スハ苟モ誠實ニ訴訟行為ヲ爲ス者ノ爲スニカササルモノナリト認メタル
トニ因ルナリ

右ニ述ヘタル所ニ依レハ當事者ハ不知ノ陳述ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ヲ除キ
相手方ノ主張シタル事實ノ真實ナルコトヲ認ムルカ又ハ之ヲ爭フカヲ一途ニ
出テタルヘカラス若シ當事者カ相手方ノ主張シタル事實ノ真實ナルコトヲ認
メタルトキハ是レ即チ自白ヲ爲シタルモノトシ自白ハ一ノ事實上ノ陳述ニ外
ナラス然ルニ自白ヲ以テ防禦權放棄ノ意思表示ナリト説ク者アリ或ハ自白ハ

或事實ノ眞否ヲ如何ニ拘ハラズ之ヲ確定スルコト又目的トスル意思表示ナリ
ト説明スル者アリ然レトモ當事者カ自白ヲ爲スニ當リテ一常ニ此ノ如キ意思
ヲ有スルモノト認ムヘカラス又加ヘテ當事者カ互ニ防禦權ヲ有スルモノト爲スニ
至ルテハ其證據ヲ知ルニ苦ササルヲ得ス之ヲ要スルニ自白ヲ以テ意思表示カ
ルトスル此等ノ見解ハ其ニ誤謬タルヲ免ヒサルモノト謂フヘシ

自白ハ相手方ノ承諾ヲ待テシテ其效力ヲ生シ又之ヲ取消ヲ爲スコト能ハル
ルモノト爲スルニ依リテ之ヲ消滅スルモノト爲スルニ依リテ之ヲ消滅スルモノト爲
當事者カ相手方ノ主張シタル事實ニ付キ自白ヲ爲シタルトキハ裁判所ハ相手
方ノ事實上ノ主張ニ付キ實際心證ヲ得タルト否トヲ問ハス之ヲ以テ真實ト認
メタルベカラズ是レ蓋シ裁判所ハ職權ヲ以テ事實ヲ蒐集スルモノニ非サル
カ故ニ當事者カ或事實ヲ真實ト爲シタル以上裁判所ハ其事實ヲ否認スルコ
ト能ハサルヲ以テ力ヲ盡シテ之ヲ信スルモノト爲スルニ依リテ之ヲ信スルモノト爲
當事者カ相手方ノ事實上ノ主張ニ對シテ陳述ヲ爲スルモノハ不知ノ陳述ヲ爲ス
コト能ハサル場合ニ於テ知ラサル旨ヲ答ヘタルトキハ他ノ陳述ニ依リテ之ヲ

争ヲ意思ノ表ハレタル場合ヲ除キ自白ヲ爲シタルモノト看做スルモノナ
リ然レトモ當事者其爲ヲチリシ陳述ヲ後ニ至リテ追完スルモノト得ハズ先
ニ許スベカラサル陳述ヲ爲シタル場合ニ於テモ亦同シ
今當事者カ相手方ノ事實上ノ主張ニ對シテ陳述ヲ爲サズ又ハ許スベカラサル
陳述ヲ爲シタル場合ニ於テ之ヲ自白シタルモノト看做ス所以ハ他ナシ當事者
カ相手方ノ事實上ノ主張ヲ其實ナラサルコトヲ主張セタル限ハ之ヲ以テ其實
ニ推定スルコトヲ得ルカ故ナリ之ヲ要スルニ當事者カ相手方ノ事實上ノ主張
ニ對シテ陳述ヲ爲サズ又ハ許スベカラサル陳述ヲ爲シタル場合ニ於テ自白ヲ
爲シタルモノト看做スル畢竟一ノ推定ニ外ナラズ故ニ當事者ハ反對ノ陳述ヲ
爲スニ因リテ何時ニテモ此推定ヲ覆ヘズゴトヲ得ヘシ或ハ曰ク裁判所ハ辯論
主義ノ結果トシテ總テ當事者ノ主張シタル事實ヲ以テ裁判ノ基本ト爲スヘキ
モノトス然レトモ相手方ノ利益ニ反スル場合ニ於テハ直チニ之ヲ以テ裁判ノ
基本ト爲スコトヲ得タルモノナリ今相手方カ當事者ノ事實上ノ主張ヲ爭ヒタ
ル場合ニ於テ其事實ヲ以テ直チニ裁判ノ基本ト爲スハ相手方ノ利益ニ反スル

コト明白ナルカ故ニ裁判所ハ其事實ニ關スル證明ヲ待タサルヘカラス之ヲ要
スルニ當事者カ相手方ノ事實上ノ主張ヲ爭ハル場合ニ於テ其事實ヲ自白シ
タルモノト看做シ直チニ之ヲ以テ裁判ノ基本ト爲スハ所屬辯論主義ノ結果ト
外ナラサルナリト此説タル辯論主義ヲ誤解スルノミナラス裁判所ハ本則トシ
テ心證ニ基キ裁判ヲ爲スヘキモノナレコトヲ認メタル故ニカ故ニ畢竟誤
解ナルヲ免レヌ又曰ク當事者カ相手方ノ事實上ノ主張ニ對シテ答辯ヲ爲サ
ズ義務ヲ負擔スルモノナリ若シ當事者カ此義務ヲ盡ササルモノハ之ニ對シテ
制裁トシテ其事實ヲ自白シタルモノト看做スル所ナリ然レトモ現行民事訴訟
法ニ於テハ當事者カシテ答辯ヲ爲サズ義務ヲ負擔セシムル必要ナキモノナ
リ又以テ當事者カ答辯イ義務ヲ有スルヲ以テ根據トスル右ノ學說ハ誤ナリト謂
ハナリ何カラス民事訴訟法ニ關シテ又事件ニ於テ中絶式採則其是也ト謂フ
當事者カ裁判所ヲシテ其主張シタル事實ニ付キ心證ヲ得セシムヘキモノナル
ヲ以テ裁判所カ其事實ニ付キ心證ヲ得タル場合ニ於テ之ヲ證明必要ニ要
存スルモノトス相手方カ其主張シタル事實ヲ爭ヒタル場合ニ於テ特ニ然リト

口頭辯論ニ於ケル訴訟ノ指揮ハ裁判長裁判所ニ代リテ之ヲ爲スヲ通常ト爲シ即チ左ノ如シ其主眼ニシテ其實ニ付テハ必ズ辯論ノ進行ハハチハセム

(一) 口頭辯論ハ裁判長之ヲ開キ又事件ニ付キ十分ナル説明アリタリト認メタルトキハ之ヲ閉ジキモトスルハ以テ辯論ノ進行ハハチハセム

(二) 裁判長ハ問ヲ發シテ不明瞭ナル申立ヲ釋明セシメ不十分ナル事實上ノ主張ヲ補充セシメ且爭アル事實ニ付キ證據方法ハ申立ヲ爲スコトヲ促シ其他事件ノ關係ヲ定ムルニ必要ナル陳述ヲ爲シ且争アルトス加之裁判長ハ職權上調査スベキ點ニ關シ疑ヲ存スル場合ニ於テハ相手方其疑ヲ起テタルトキト雖モ當事者ニ注意ヲ促シ其疑ヲ除去スルニ必要ナル行為就中必要ナル證明ヲ爲スコトヲ促スベキモノナリ主眼ニシテ辯論ノ進行ハハチハセム

(三) 裁判長ハ當事者ヲシテ事件ニ付キ十分ナル説明ヲ爲シ且辯論ヲ閉斷ナク進行スルコトニ注意シ又必要アル場合ニ於テハ辯論續行ノ期日ヲ定ムベキモノナリ主眼ニシテ辯論ノ進行ハハチハセム

訴訟ノ指揮ニ關スル裁判長ノ行為ニ對シ辯論ニ參與スル者カ不適法ナリトシテ異議ヲ達ヘタルトキハ受訴裁判所ハ其異議ニ付キ裁判ヲ爲スベキモノトス然レトモ裁判長ノ行為力單ニ其宜キヲ得タルノ故ヲ以テ之ニ對シ異議ヲ達アルコトヲ得ス是レ蓋シ徒ニ訴訟手續ノ進行ヲ妨タル結果ノ生スルヲ防カンカ爲メナリ

陪席判事ハ法律ニ特定シタル場合ニ限リ訴訟ノ指揮ニ干與スルコトヲ得ヘシ例ヘハ當事者又ハ證人若クハ鑑定人ニ對シテ問ヲ發スルカ如シ

裁判所カ自ラ訴訟ノ指揮ニ關スル裁判ヲ爲ス場合モ亦決シテ少カラズ即チ左ノ如シ

第一 裁判所ハ訴訟事件ノ延滞ヲ防ジ且其混雜ヲ避クルカ爲メ訴訟ノ如何ナル程度ニ在ルヲ問ハス其自由ノ判斷ニ從ヒテ適當ノ訴ヲ以テ提起シ且數箇ノ請求又ハ本訴及ヒ反訴ニ付テ辯論ヲ分離又命シ又請求ノ原因及ヒ數額ニ付キ爭アリタル場合ニ於テ先ツ其原因ニ付テ辯論ヲ爲シ且争アルコトヲ得ヘシ且同一ナル請求ニ關スル數箇ノ獨立ナル攻擊若クハ防禦ノ方法ノ一二ニ辯論ヲ制

辯護士若クハ保佐人ト共ニ出頭シタル當事者本人ヲ訊問スルコトヲ得ルモノナリ

民事訴訟法第一編 訴訟手續 口頭辯論

義ハ本則トシテ之ヲ認メタリト雖モ亦幾多ノ例外ナキニ非ス。例主
既ニ述ヘタルカ如ク口頭辯論主義ハ全ク書面ヲ排斥スルモノニ非シ口頭辯論
主義ヲ採リタル民事訴訟法ニ於テ書面ヲ用フルハ口頭辯論ノ弊害ヲ矯正スル
ニ最も必要ナルモノトス凡ソ口頭辯論主義ノ理想ハ時日移テスシテ辯論
據調及ヒ裁判ヲ爲スニ在リ而シテ實際此結果ヲ收メントスルニハ當事者
ヲ相手方ノ陳述ニ對シ口頭辯論期日ニ於テ直ニ答辯ヲ爲シタルカ爲メ相
當ノ準備ヲ爲スコトヲ得セシメ且裁判所ヲシテ口頭辯論ニ於テ訴訟指揮ヲ關
スル適當ノ處置ヲ爲シ又ハ速ニ法律問題ヲ決スルコトヲ得セシムルカ爲メ準
備ヲ爲スコトヲ得セシムルノ必要アルモノナリ口頭辯論ヲ準備スル方法
トシテ使用セラルルモノハ即チ所謂準備書面ナリ

準備書面ハ口頭辯論ヲ準備スルモノナラカ故ニ當事者カ口頭辯論ニ於テ爲メ
ントスル陳述ヲ之ニ記載セタルベカラズ就中申立事實上主張之ニ對スル答
辯證據方法及ヒ證據抗辯等ハ之ヲ準備書面ニ記載スルモノトス又準備書面
ニハ當事者ノ手申ニ存スル證書等ハ然レ準備書面ニ引用セタルモノハ原本不添

附シ相手方ヲシテ口頭辯論ニ於テ直ニ之ニ對スル陳述ヲ爲スコトヲ得セシ
メタルベカラズ又訴訟ヲ爲ス資格ニ關スル書面例ハ後見人タル證明書ヲ如
キハ其原本正本又ハ原本ヲ準備書面ニ添附シヘキモノトス又準備書面
準備書面ハ裁判所及ヒ相手方ニ交付スルニ必要ナル程度ニ於テ作成シ之ヲ裁
判所ニ提出スルモノトス裁判所カ準備書面ヲ受取リタルモノハ更ニ之ヲ相
手方ニ送達セタルベカラズ而シテ準備書面ハ口頭辯論ヲ準備スルモノナラカ
故ニ準備書面ハ送達ト口頭辯論ノ期日トノ間ニハ相手方カ準備書面ヲ爲スニ必要
ナル時間ヲ存セタルベカラズ法律ハ準備書面ヲニナル訴狀及ヒ答辯書ハ送達
ト口頭辯論ノ期日トノ間ニ存スヘキ時間ニ付テハ特ニ規定ヲ設ケタリ控訴狀
又ハ上告狀ハ送達ト口頭辯論期日トノ間ニ存スヘキ時間ニ付テモ亦同シ若シ
當事者カ準備書面ヲ爲スニ必要ナル時間ヲ相手方ニ與ヘタルトキハ之カ爲メニ不
利益ナル結果ヲ被ルコトアリ例ヘハ相手方カ直ニ答辯ヲ爲スコト能ハサル
カ爲メ更ニ辯論進行ノ期日ヲ指定ヲ爲スニ必要アリ生セタル場合ニ於テハ
之カ爲メニ生シタル費用ヲ負擔セタルハ當然ナルカ如シ又相手方カ調停シテ

の場合ニ於テハ口頭判決ヲ裁キルコトヲ得ス然レトモ相手方ヲ以テ準備ヲ爲
スニ付得テ準備シタル當事者ノ利益ヲ害スル本審ニ付テ不利益ヲ被ルコトナキモ
口頭辯論ノ時日を経過ス因リテ其記憶ハ減退スルモノナリ加之口頭辯論ニ際
席セテ判事ヲ以テ其辯論ノ内容ヲ知ルベキ必要ノ存スルコトアリ例ヘバ
受命判事ノ面前ニ於テ準備手續ヲ爲シタル場合ニ於テ受訴裁判所ノ判事ヲ以
テ當事者ノ陳述ヲ知ラシメ又當事者カ上訴ヲ爲シタル場合ニ於テ上級裁判所
ヲ以テ下級裁判所ニ於ケル辯論ノ結果ヲ知ラシムル必要アリカ如キ是レ即チ
口頭辯論ニ付キ調査ヲ作成セシムル所以ナリ口頭辯論調査ニハ辯論ノ進行ノ
要領ヲ記載シ且自白認諾拋棄和解證人若クハ鑑定人ノ供述檢證ノ結果書面ニ
作成セラレ調査ニ添附セラル裁判裁所ノ言渡アリタルコト其他調査ヲ以テ明
確ニスル旨ノ規定アリ申立及ヒ陳述ヲ記載スル外辯論ノ場所及ヒ時當事者
及ヒ其代理人判事書記ノ氏名訴訟物當事者ノ出頭ノ有無並ニ辯論公開ノ有無
ヲ記載スルモノトシ辯論ノ録ニ並ニ之ニ添ハル附録ニ於テ之ヲ記スルモノナリ

口頭辯論調査ニ裁判所書記之ヲ作成スルモノトモ面シテ調査ニ其正確ヲ期ス
ル為メ法廷ニ於テ其重要ナル部分ヲ當事者ニ開陳セシメ又ハ聽取スル爲メ之ヲ
關係人ニ示シ且此等ノ手續ヲ履ミタルコト並ニ關係人カ證書ノ趣旨ヲ是認シ
又ハ其認セシメタルコト調査ニ添附記シ裁判長及ヒ裁判所書記之ニ署名捺印シ以
テ其記載ノ正確ナルヲ證明ス且調査ニ調査ヲ表示シタル書面ニ添附シタルモノ
調査ノ附録トシ之ノ同添附シ且調査ニ調査ヲ表示シタル書面ニ添附シタルモノ
項ニ調査ニ添附シタルモノ又表示書面ニ添付シタルモノ如シタルモノ又添付
調査ニ添付シタルモノ又表示書面ニ添付シタルモノ如シタルモノ又添付
判事若クハ受訴判事等カ法廷外ニ於テ爲ス行為ニ付テモ裁判所書記ヲ立會ハ
シメ以テ調査ヲ作成セシムルモノトス
調査ノ前準備ニ其旨ヲ知ル口頭辯論ニ經過果明無シタルコトヲ目的トシタルノ
ミナラハ口頭辯論ニ付テ準備シタル調査中其旨ヲ知ル口頭辯論ニ經過果明無シタルコトヲ目的トシタルノ
準備手續ノ調査ニ添付シタルモノ又表示書面ニ添付シタルモノ如シタルモノ又添付

第一、裁判所書記ノ干與スル送達ニ關シ、訴訟及受入ハ第一、種別管轄ヲ以テ
本國內ニ於テ居所ノ知レタ者ニ送達ヲ爲セバキ場合ニ於テハ裁判所書記
之ニ干與スベキモノナラズ裁判所書記ノ干與スル送達ハ更ニ之ヲ分ケテ執達吏
ニ依リテ送達郵便ニ依リテ爲ス送達及郵便ニ依リテ爲ス送達ト三種ニ區別ス
ルコトヲ得ルモノナリト認ム。前ハ立派圖ニ就テ見ルに成ル程ニ種別管轄
執達吏ガ送達ヲ爲ス場合ニ於テハ執達吏ヲ送達吏トシ郵便ニ依リテ送達ヲ爲
ス場合ニ於テハ郵便配達人ヲ以テ送達吏トシ親取圖一ノ義則ニ據ルモノナリ
裁判所書記ハ親達吏トシテ送達ヲ爲サザル又郵便ニ依リテ送達ヲ爲サシム
ルコトヲ得ルモノニシテ其選擇ハ自由ナリ執達吏トシテ送達ヲ爲サザルヘキ
トハ裁判所書記ハ送達ヲ爲スヘキ地、執達吏ニ其送達ヲ委任シ又ハ其地ヲ

管轄スル區裁判所ニ書翰ヲ囑託シ其地對執達處ニ送達ヲ委任ス爲メハ
於テ送達ノ手續取進更シテ送達ヲ爲メシテ又該郵便ニ備付テ送達ヲ爲ス場合ニ
於テハ其送達ハ書面ノ交付ニ依リテ之ヲ爲スベキ取扱ト爲サレ
郵便ニ付シテ爲ス送達ハ法律ニ規定シタル場合ニ限リ之ヲ爲スコトヲ得ル
其郵便當事者ノ受託裁判所ノ所在地ニ住所又ハ事務所ノ有テ少ク場合ニ
於テ其所在地ニ居住所並ニ送達ノ船舶出サル埠頭又ハ送達スル書面郵便ニ
付シテ其送達ヲ爲メシテ得ル郵便亦郵便ニ付テ送達ノ郵便局管
面ノ交付スルニ依リテ送達ノ施行爲メハ其郵便局ニ其該送達ノ書面郵便局ニ
交付シタル時以テ其效力ヲ生ジ送達スル書面郵便人ニ到達シタルト否
問ハ之ヲ問フコト不得要セリ即チナリ然レバ郵便受取人ノ住所又ハ業務
送達更ニ依リテ送達ヲ爲スル場合各ニ付テハ送達ノ場所及ビ時ニ付キ法律ニ
於テ特別ノ規定ヲ設ケ得ベキ即チ左ノ如シ
(一) 送達地何處ニ於テモ之ヲ爲スコトヲ得ル少額郵便執達送達爲メハ
送達ハ日曜日發ビニ送達觀察日ニ於テ裁判所所長許ヨリ得タルルベキニ限リ

之ヲ爲スルハ得ヘシ又執事及ヒ郵便配達人ハ裁判所ノ許可ヲ得テハ其ノ
ニ限リ夜間ニ送達ヲ爲スルコトヲ得然レモナニ此等ノ制限ノ下ニ於テ送達ヲ受
取人ハ送達ヲ拒ムル場合ハ限リ其效力ヲ生スルモノトス
(二) 送達ハ送達ヲ受ケルべき者ニ出會ヒタル場所ニ於テ爲スルコトヲ要シ
而シテ其何レノ場所ニ於テ出會ハサルコトヲ要ス然レトモ送達ヲ受ケルべき者
受ケルべき地ニ於テ住居又ハ事務所等ヲ有スルコトヲ要シ其係属又ハ事務所
外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得又ハ公認イ法人及其事務所外ニ於テ送達ヲ
得ル社團又ハ財團ノ法律上ノ代理人首長等々ハ其事務所外ニ於テ送達ヲ
得ル場合ニ於テハ其事務所以外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得然レモ此等ノ
此等ノ制限ニ反シテ送達ヲ受取人ハ送達ヲ拒ムル場合ニ於テハ其效力ヲ生
スルモノトス
送達ハ送達ヲ爲スルべき者ニ出會ヒタル場所ニ於テ爲スルコトヲ要シ其係
属又ハ事務所外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得然レトモ送達ヲ受ケルべき者
受ケルべき地ニ於テ住居又ハ事務所等ヲ有スルコトヲ要シ其係属又ハ事務所
外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得又ハ公認イ法人及其事務所外ニ於テ送達ヲ
得ル社團又ハ財團ノ法律上ノ代理人首長等々ハ其事務所外ニ於テ送達ヲ
得ル場合ニ於テハ其事務所以外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得然レモ此等ノ
此等ノ制限ニ反シテ送達ヲ受取人ハ送達ヲ拒ムル場合ニ於テハ其效力ヲ生
スルモノトス

ハ所開補充送達ニ關シテ規定即チ是ヲ得今左ニ略シテ説明スルヘシ
(一) 送達ハ送達ヲ爲スルべき者ニ出會ヒタル場所ニ於テ爲スルコトヲ要シ其係
属又ハ事務所外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得然レトモ送達ヲ受ケルべき者
受ケルべき地ニ於テ住居又ハ事務所等ヲ有スルコトヲ要シ其係属又ハ事務所
外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得又ハ公認イ法人及其事務所外ニ於テ送達ヲ
得ル社團又ハ財團ノ法律上ノ代理人首長等々ハ其事務所外ニ於テ送達ヲ
得ル場合ニ於テハ其事務所以外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得然レモ此等ノ
此等ノ制限ニ反シテ送達ヲ受取人ハ送達ヲ拒ムル場合ニ於テハ其效力ヲ生
スルモノトス
送達ハ送達ヲ爲スルべき者ニ出會ヒタル場所ニ於テ爲スルコトヲ要シ其係
属又ハ事務所外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得然レトモ送達ヲ受ケルべき者
受ケルべき地ニ於テ住居又ハ事務所等ヲ有スルコトヲ要シ其係属又ハ事務所
外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得又ハ公認イ法人及其事務所外ニ於テ送達ヲ
得ル社團又ハ財團ノ法律上ノ代理人首長等々ハ其事務所外ニ於テ送達ヲ
得ル場合ニ於テハ其事務所以外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得然レモ此等ノ
此等ノ制限ニ反シテ送達ヲ受取人ハ送達ヲ拒ムル場合ニ於テハ其效力ヲ生
スルモノトス
(二) 住居所外ニ事務所等ヲ有スル者ニ對シテ送達ハ送達ヲ爲スルべき者
受ケルべき地ニ於テ住居又ハ事務所等ヲ有スルコトヲ要シ其係属又ハ事務所
外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得然レトモ送達ヲ受ケルべき者受ケルべき地
ニ於テ住居又ハ事務所等ヲ有スルコトヲ要シ其係属又ハ事務所外ニ於テ送
達ヲ拒ムルコトヲ得又ハ公認イ法人及其事務所外ニ於テ送達ヲ得ル社團
又ハ財團ノ法律上ノ代理人首長等々ハ其事務所外ニ於テ送達ヲ得ル場合
ニ於テハ其事務所以外ニ於テ送達ヲ拒ムルコトヲ得然レモ此等ノ此等ノ限
制ニ反シテ送達ヲ受取人ハ送達ヲ拒ムル場合ニ於テハ其效力ヲ生スルモノ
トス

(三) 被告人ノ利益ノ爲メニ判決ヲ破毀シタルコトヲ要ス即チ無罪免訴又ハ公訴不受選上爲リ又ハ刑ノ減輕ノ場合ナラサルヘカス而テ其上告ハ被告人口リ爲シタル檢事口裏爲シタルトテ問フコトナレバ、
(四) 公訴不法ヲ受理シ又ハ振律ニ錯誤アルニ因リテ破毀ヲ爲ス場合ナルヲ要ス但管轄違ハ場合ヲ包含セヌ
(五) 共通ニ違法アルニ由テ破毀ヲ爲シタルコトヲ要ス故ニ同種類ノ違法テ成ル共通ニ非テハ不可ナリ而シテ公訴不法ヲ受理シタルトキ多少少異共通ノ違法アリテ又當利益ノ破毀才力トス之ニ反シテ振律ノ錯誤アリトキハ必ズシモ然ラス例テ府都縣輕再犯加重ノ如キ違法法他當共同被告人同一ノ事由アルモ之ヲ利益ヲ及ボサザルモノナレバ、
(六) 上告裁判所カ皆本案ノ判決ヨリ爲ス場合ニ限り適用ヲ見ケル上若裁判所等事件ヲ移送スル者ハ之ヲ受ケ得ル裁判所ニ振律ノ錯誤更正シ又ハ公訴不受理ノ言渡ヲ爲スコトアルハ各モ此場合國庫事實ヲ審理ヲ爲ス協故也

刑罰條法 上訴 上告 上告ノ判決

六五九

或ハ其罪情ノ變スルコトアルヘク必スシモ共同被告人ニ利益アリト謂フヘ
カラス其利益ハ未定ニシテ豫メ知ルコトヲ得サレハ之ニ包含セズ
第二百八十九條ノ規定ニ數人ノ共同被告人アルトキ一人カ上告ニ依リ無罪等
ノ利益ヲ受ケ一人ハ上告ヲ爲ササルカ爲メニ有罪タルハ正義ヲ害スト云フニ
基クモナリ然レトモ其理由トスル所ハ頗ル不明ニシテ且其當ヲ得タルモノ
ニ非ス蓋シ同時ニ共同被告人ニ對シ判決カ言渡サレタルハ蓋シ偶然ノ事ナリ
トス然ルニ第二百八十九條ノ特典ハ此偶然ノ事項ニ係ルモノナリ若シ此理由
ヲ正當ナリトモハ其犯ニ非スシテ同種類ノ犯罪ヲ犯シタルトキ下監禁一ハ無
罪ト爲リ他ハ有罪ト爲リタルトキニモ正義ハ害セラルモノナレハ此場合ニ
モ他人ノ共同被告人ニ利益及ホサシメザルヘカラス
上告裁判所自身カ判決ヲ爲ス場合ニ於テハ不利益ニ變更スルコトヲ得ナルノ
制限アリ(第二九一條)是レ控訴ノ場合ニ於ケルト均シテ法律上ノ特典ニ基クモ
ナリ
第二百九十一條ハ上告裁判所ヨリ移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テモ適用サル

モノナリヤ否ヤ是レ議論ノ存スル所ナリ例ハ原判決ニ於テ第一審判決ヲ取
消シ更ニ輕キ刑ヲ言渡シ上告裁判所カ之ヲ破毀移送シタリトモ其事件ノ移
送ヲ受ケタル裁判所ハ原判決ノ刑ヨリ重キ刑ヲ言渡スコトヲ得ルヤ或ハ形式
上ヨリ言ヘハ上告人ハ上告裁判所ニ於テ原判決ヲ破毀シ事件ノ移送ヲ爲シタ
ルトモニ其目的ヲ達スルモノニ非ズ事件ノ移送ヲ受ケタル裁判所ニテ不利益
ノ變更ヲ禁スルコトハ想像スルヲ得然レトモ實體上ヨリ言ヘハ原判決ノ破
毀ハ其レ自身カ目的ニ非ス上告審ノ破毀ハ移送ヲ受ケタル裁判所ノ新ナル審
査ニ依リ無罪免訴ト爲リ又ハ輕キ刑ヲ求ムルノ手段ナリ移送ヲ受ケタル裁判
所ニ於テモ此不利益ノ變更ノ制限ナケレハ上告人ハ其結果ニ於テ危險ナルモノ
ナリ恰モ控訴ニ於テ此制限大キト同ナリ然レトモ原判決ハ既ニ破毀シ
因リテ消滅シタルモノナレハ其刑期ハ不利益ト否トノ標準ト爲ラス隨テ第二
百九十一條ヲ並ニ適用スルコトヲ得ス移送ヲ受ケタル裁判所ニ於テハ第二
百六十五條ニ依リ第一審ノ刑ヲ以テ標準ト爲スヘシ此ノ如クナレハ移送ヲ受ケ
タル裁判所ニ於テモ檢事ハ附帶控訴ヲ爲スヲ得ヘシ

第四章 抗告

抗告トハ裁判所若シテ裁判事ノ爲シタル決定ニ對スル上訴方途ナリ抗告ハ控訴ト同シテ事實及ヒ法律ノ點ニ付テ攻擊ヲ許スモノトシテ上告事異ナリ其理由ニ制限ナシ又抗告ハ他ノ上訴ノ如ク三審級ニ限レルモノトシテ非テ控訴院以上告裁判所タルトキニ於テモ控訴院判事ニ對シテ急遽ノ申請ヲ爲シ之ヲ却下シタル同院ノ決定ニ對シテ更ニ大審院ニ抗告ヲ爲スモノトシテ得ルモノトシテ抗告ハ刑事訴訟法第二百九十三條ニ依レハ抗告ハ法律ニ於テ特ニ之ヲ許シタル場合ニ限リ爲スコトヲ得トモリ其場合ヲ舉ゲルハ左ノ如シ

(一) 急遽ノ申請ヲ不當ナリトシ却下シタル決定第四二條民事訴訟法第三八條

(二) 證人鑑定人通事カ判事又ハ裁判所ヲ時出ヲ受テ損傷ヲ爲ルヲ爲シ費用賠償及ヒ罰金ヲ言渡ス決定第一〇一條第二八條第一二八條第二三六條第一九〇條

(三) 證人鑑定人カ宣誓又ハ供述ヲ背セタル爲メ罰金ヲ言渡ス決定第二二六條

第一三八條第九〇條

抗告終結決定ニ付テハ重罪公判ニ付スル決定ハ檢事及ヒ被告人ヨリ又免

訴管轄違反決定ハ檢事ヨリ抗告ヲ爲スヲ得(第七二條)

(五) 第一審若シハ第二審裁判所ニ於テ期間經過後控訴若シハ上告ヲ棄却スル決定第二五五條第二七六條

(六) 刑ノ言渡ニ付テ疑義ヲ申立アルトキ又ハ執行停止ヲ異議ヲ申立アルトキ

之ニ關スル決定(第三三二條) 中並ニ決定ノ理由ヲ明記スルモノトシテ

以上第二第三の場合ニハ證人鑑定人及ヒ通事第三者タル地位ヲ去リテ當事者タル地位ヲ得ルモノナリ

地位ヲ復舊スルモノナリ

抗告期間内ニ抗告アリタルトキハ原決定ハ執行ヲ停止スルハ明文アリテ右第三第三及ヒ第四の場合ナリ(第七四條第一二八條第一項末段第二六條末段第二三條場合ハ此抗告ハ執行ヲ停止スル效力ヲ有ストハ明文アルハ故

給抗告アリタルトキハ執行ヲ停止スルハ明文アルハ故

抗告期間内ハ何

時被告は、その國ルハカウチテ、抗告期間内の廢論其執行ヲ停止せしメ、
 其後其他の場合合於テ、未開究テ、被告執行ヲ停止せしメ、同一ノ結果發生スルヲ
 フテ、第一の場合ニ、急避シ申請アルハ、公判ノ辯論之ヲ中止シ、豫審ハ急遽ナ
 ン、塞テ、其後申請ノ除外執行スルモ、其後此狀態ハ急避シ申請即下ノ決定ナル
 ニ、因リテ變更スルモノト非ナレハ、執行ヲ停止スルト同一ノ結果ナリ、第五ノ場
 合ニ、於テ控訴又ハ上告棄却ヲ決定アルハ、其判決ヲ執行ヲ爲スニ、速ク決定スルヲ
 レハ、此決定ヲ執行セサルニ、同一ノリ、以テ第六の場合ニ、於テモ、此決定アルハ、爲
 ニ、現ニ行フ利ヲ執行ヲ變更又ハ中止スルコトナキヲ以テ決定ノ執行ヲ停止ス
 ルト同一ノリ、但執行ヲ停止セサルモノハ、豫審終結決定ヲ以テ保釋費付ヲ取消
 シタル場合、合フテ、其後第二十六條

抗告期間第三日トス、此期間内、裁判官送達、起算、計算、其後、
 五、起、但重罪公判ニ付、ハ豫審終結決定ニ、抗告期間ヲ揭テ、ナレハ、抗告期間ノ經
 過ヲ停止シ、(第七三條)ハ、重罪公判ニ付、ハ豫審ハ、起算、計算、其後、
 抗告ヲ爲シ、其後抗告申立書ヲ決定ヲ爲シタル裁判所又ハ豫審判事ニ差出スヘ

レ而シテ其裁判所又ハ豫審判事ニ於テ抗告ヲ理由マリト爲ストキハ更ニ決定
ヲ以テ不服ノ點ヲ更正シ落著ク告知スルコトヲ得此場合ニハ抗告裁判所ノ裁判
ヲ受覆審判ニ付テ決分ヲ終ラズルモノトシ之反ヘ裁判所又ハ判事カ抗告ヲ理
由ナク再行決分ト爲ルハ意思違付セザリ内ニ抗告申立書及抗告裁判所決定致シ且
豫審終結決定及抗告裁判所決定書記録等ハ附載スル必要アリト此意見
ヲ付スルコト訴訟法上訴ニ於テ其例ヲ見ザル所也又ハ類案豫審部官ニ對シテ
抗告裁判所ノ審理ノ書面審理ノ大體解明九七條豫審終結決定ニ對シテ抗告者
同々受命判事ヲ列陳審判事ノ開始取調ヲ爲サズ報復ヲ爲スル所ナ
キヲ得此報告ガ方式及時期モ亦書面ニ依テ之ヲ裁判スルモノトシ第三八九條
抗告ノ裁判ニ付テハ第二九九十九條第三百條ノ規定ヲ適用スルモノトス
抗告ニ付テモ一部ハ抗告更重罪及罰金付テハ數額申立ニ關シ對テ抗告ヲ
爲スルヲ得タキ論ヲ採ラス此場合ニハ各罪獨立シテ重罪公判ニ付セラサルモ
ソナレバ刑法第百條ノ適用不矛盾トモ職權之分隔無キヲ強メ抗告又爲ス
ルコトヲ得犯罪別分離多ク分テ抗告者爲得テ訴訟略訴ニ於テ同科ナリ

第一 第一審裁判所若クハ第二審裁判所ノ確定判決アルヲ要ス
第一審又ハ第二審ノ判決ニ對シ期間内ニ上訴スル者ナクシテ其判決確定シタ
ルトキハ非常上告ヲ爲スコトヲ得而シテ第二審ハ判決ニ對シ期間
内ニ上告ヲ爲シタル者アルトキハ非常上告ヲ爲スコトヲ得且チ上告裁判所
ノ判決ニ對シテハ非常上告ヲ許サズ蓋シ上告裁判所ニ上告論旨ト爲テタル法
律ノ違背ニ付テハ鑑査スルコトナキヲ以テ上告裁判所ノ判決ニ對シ非常上告
ヲ許サズアルハ不公平ナルカ如シト雖モ是レ佛國ニ於ケル上告スル者ガ場合
ニ法律ノ利益ヲ爲スニ大審院ノ權力ヲ擴張シタル趣旨ヲ繼承シタル結果ニシ
テ如何トモ爲スコト能ハサルナリ
第二 法律ニ於テ罰セタル行為ニ對シ刑ヲ言渡シ又ハ相當ノ刑ヨリ重刑ヲ
言渡シタル場合ナラザルニカタクテハ組合ニシテ再審ニ上訴ハ得ズ
本號前段ハ無罪ノ事實ヲ認メ之ニ刑罰ヲ科セザル場合ニシテ法律錯誤ノキ
リ後段ハ當ニ法律ニ認メタル刑罰範圍外ノ刑ヲ言渡シタル場合ノミナラス即
チ加減順序又ハ刑期計算ヲ誤リタルトキノ如キ又ハ輕罪ノ刑ヲ加ヘテ重罪ト

爲シタルカ如キ擬律ヲ錯誤ト因リ相當ノ刑ヨリ重刑ヲ言渡シタル場合即チ
恐喝取財ノ事實ヲ認メ之ニ強盜ヲ適用シタルカ如キヲ包含ス此點ニ
對テ公學者間異論ナキニ非ス蓋シ期文ニ擬律錯誤ノ場合ヲ除外スルノ制限
ナキヲ以テ新テ解釋スルヲ至當ナリトス而シテ前段恐喝取財ノ事實ニ強盜ノ
法律ヲ適用シタルモ之ヲ酌量輕減シ恐喝取財罪ニ相當スル刑ヲ言渡シタル
場合ニモ非常上告ヲ爲スニ妨ナシ蓋シ相當ノ刑トハ犯罪所爲ニ相當スル刑ト
ヲ意ニ非スシテ法律ヲ適用カ相當ナリト解スヘキヲ謂フナリ
以上ノ條件具備シタルトキハ刑ヲ執行ヲ終リ又期滿免刑特赦因テ執行ヲ免
セラレタル後ト雖モ何時ニテモ非常上告ヲ爲スコトヲ得人シ蓋シ非常上告并
ハ期間ヲ設ケザルカ故ナリ又此場合ニ於テ破毀ヲ得レ上告人ハ斷ニ罪ヲ犯
スコトアルモ再犯ト爲ルコトナキヲ以テ上告人ニ利益アリト謂フヘキナリ然
レトモ被告人ノ死去後ハ非常上告ヲ爲スコトヲ得タルヲ一般ノ性質トス蓋シ當事
者ノ存在ナクシテ判決ヲ言渡シタルコトヲ得ルニ法律ノ明文ヲ待テ始メラ存ス
ヘキモノニシテ法律ハ之ヲ再審ニ限リ認メタリ

非常上告ヲ爲スル得ル者ハ其事件ニ付テ上告ヲ受クル權アル裁判所ノ檢察ニ
シテ司法大臣ノ命ニ因リ又ハ職權ヲ以テ非常上告ヲ爲ス故ニ非常上告ヲ受ク
ル裁判所ハ大審院タルコトアルニ又控訴院タルコトアルニ付テハ非常上告ヲ受ク
非常上告ノ申立タルハ受刑人ハ當事者タルノ地位ヲ復活スルモノニシテ
其訴訟ノ相手方タルモノナリ而シテ此相手方ニ對シ非常上告ノ判決ヲ宣渡ス
ルモノナリ非常上告ノ申立アルモノ確定判決ハ其效力ヲ失ハズ爲メ其執行
ヲ停止スルコトナシト雖モ之ヲ爲メ受刑人ハ當事者タル地位ヲ復活スト云
フコト能ハス非常上告ニ對シハ訴訟ナリトセハ訴訟ニ必要ナル二箇ノ當事者
アルコトヲ要スルハ論ヲ埃タルナリ然レバ第一ハ訴訟權ニ付テハ非常上告ノ
非常上告ハ書面ヲ以テ審理スルモノ又ハ口頭審理ニ依ルモノナリ法律ニ明文ナ
シト雖モ蓋シ書面審理ニ依ルモノナリトシテ唯判決ハ裁判所構成法律第一百五條ニ
依リ公開シテ宣渡スルモノナリ而シテ上告裁判所ハ非常上告ヲ理由アリトシテ
トキハ原則判決ヲ破毀シ直ニ其事件ニ付テ判決ヲ爲スモノトス第二九二
條第二項又非常上告ヲ理由ナシトシテ破毀シ之ヲ棄却スル判決ヲ爲スモノト

第二章 再審 第一節 再審ノ意義及其條件

ノトス再審ハ第一審ノ判決ニ對シテ其判決ノ事實ハ如何ナルモノニシテ
第二審ノ判決ニ對シテ再審ニ付テハ第一審ノ判決ニ對シテ再審ニ付テハ第一審ノ判決
ニ對シテ再審ニ付テハ第一審ノ判決ニ對シテ再審ニ付テハ第一審ノ判決
再審ノ訴事實實誤認アル確定判決ヲ覆シ新ナル審理裁判ヲ求ムル訴ナリ凡
沙確定判決ハ之ヲ動スルカヲ以テ原則軍火然レトモ確定ノ後其判決ノ
不當ナル點ト見シタル場合ニ此原則ハ貫徹ストスルハ事理人情ニ反スル
ヤ期カナリ人違フ爲メ無事ヲ罰シ又ハ偽證ノ爲メニ罪ニ附ルコトナラシカ
之ヲ救済スル途カナルモノナリ是レ再審制度ガ存スル所以ナリ是ヲ以テ再
審ハ新ハ新事實又ハ新證據ニ依リ變更ヲ求メタル判決ヲ實體上ノ基礎ト裁判
ニ因リテ生スル形式上ノ正義トシ衝突ヲ調和スルノ制度ナリ所謂ヘリ再審
沿革ヲ按ズルニ羅馬法ニ於テハ確定判決ヲ盡スルハ主義ヲ遵守シ再審ヲ許サ
ザリシニ近世ノ立法例ニ於テハ實體的眞實發見ノ主義ヲ實行スル爲メ多
少ノ範圍ニ於テ再審ヲ許サタルモノナリ即チ今日再審制度ハ立法上ノ問題

犯ヲ既遂犯ト誤リタル事キ又ハ特兇器強盜罪ヲ強盜殺人ノ事實ト誤認シタル
トキニモ存スヘシ又其第五號ハ自首狀ヲ偽造シタルトキニモ適用セラルルヲ
見レバ自明ノ理ナリ換言スレバ全ク無罪ト爲ル希望アルトキニモ又輕キ刑ヲ
官渡タルル希望アルトキニモ再審ノ訴ヲ爲スヲ妨ケス然レトモ刑期ハ輕減
セラルル希望アルトモ同一ノ正條ヲ適用スヘキ場合ニ於テ之ヲ爲ササルモ再審ヲ求ムル
コトヲ得ス
茲ニハ例外ト見ルヘキモノアリ即チ被告人死去シタル後ニ親屬ヨリ再審ノ
訴ヲ爲スニハ前述スル所ニ異ナリ無罪ト有罪ト裁判シタル場合ニ限リ此場
合ニハ無罪ナルコト明白ナルニ非ナレバ再審ノ理由ナレトモ即チ此場合
ニ於テハ上告裁判所ハ再審ノ訴ヲ受クルノミナラス再審ヲ爲スモノナリ蓋
シ第三百八條ニ於テ此場合ニ再審ノ理由ナレトモ原判決ヲ破毀スルニ止
メ如何ナル犯罪ヲ實際犯シタルモノ審理ヲ爲ササルコト及ヒ第三百九條ニ再
審ノ判決ニ因リ無罪ノ官渡アラタムルキト此場合ニ破毀ノ官渡アリタルトキ

トニ於テ再審ヲ同一ニ取扱フヨリ見ルモ斯ク論決セサルヘカラス然ラハ上告
人ハ輕キ刑ヲ求メシガ爲メ自ラ再審ノ訴ヲ爲シ未ダ上告裁判所ノ判決ヲ受
ケサル間ニ死去シタルトキ如何ニスヘキヤ此場合ニハ上告人カ爲シタル再
審ノ訴ヲ其親屬ニ於テ承継スルモノナレバ上告人ノ親屬ヨリ再審ノ訴ヲ爲シ
タルトモ同シク無罪ト爲ス能ハサルトモハ再審ノ訴ヲ棄却スヘク無罪ト爲
スルキ地ノナレバ原判決ヲ破毀スルニ止ムヘキナリ

再審ノ訴ハ重罪輕罪ノ刑ヲ官渡シタル判決ナリトモ審級ノ如何ヲ問ハス之
ヲ爲スヲ得即チ第一審又ハ第二審ニテ判決確定シタルト上告裁判所自ラ刑ノ
官渡ヲ爲シタルト區別セム後者ノ場合ニ於テハ上告裁判所ハ他ノ場合ト同
シク原裁判所ト同等ナル裁判所ニ移シ再審ノ取調ヲ爲シ審査シ先ニ上告裁
判所カ刑ヲ官渡シタルハ第三審ニ於テ認マタル事實ヲ確定シ基礎トシ擬律ノ
錯誤ヲ更正セシニ止マル此基礎タル事實ノ確定ニ誤サリトモ再審ノ訴ヲ爲
シタルモノナレバ此場合ニ第一審ノ確定判決ニ對シ再審ヲ求メタルト均シ
ク事件ヲ他ノ裁判所ニ移スヘシ又夫審院ノ特別權限ニ屬スル事件ニ付キ大審

院第一審及上級審に於て刑ヲ宣渡給ふルハ、當此判決ヲ執行再審ノ訴書
 爲ス得ヘシ若シ特別權限事件ニ付キ再審ノ訴ヲ許ス者モ不當ニ皇族及
 其親屬者ヲ對シ再審ノ訴ヲ爲ス權利ヲ奪フ爲メ特別權限ヲ屬スル事件
 付キ再審ノ訴アルトキハ大審院自ラ新カニ基礎ヲ據リ再審ノ裁判ヲ爲
 ナリ蓋シ特別權限ヲ屬スル事件ハ大審院對於之ニ事實ノ審理ヲ爲スル故
 他ノ裁判所ニ移サント欲セシメタルハ第三〇七條ハ上告裁判所ニ屬シ
 第三 第三一條ノ再審ノ原因ニ付キ再審ノ訴ヲ爲ス得ス再審ノ原因
 再審ノ原因ニ付キ再審ノ訴ヲ爲ス得ス再審ノ原因ニ付キ再審ノ訴ヲ爲
 第四 再審ノ原因ニ付キ再審ノ訴ヲ爲ス得ス再審ノ原因ニ付キ再審ノ訴
 再審ノ原因アルモ之ヲ判決ニ影響ナキトキハ再審ノ訴ヲ爲ス得ス再審
 蓋タル原因事實ハ判決ノ事實上ノ内容トイハレ原因結果ハ關係アルコト
 必要條件トス例ヘバ刑事收賄ノ事實ヲ主張スルモ其判決ヲ干與セザル
 ハ再審ノ理由ナシ又偽造ノ調書ヲ提出スルモ判決ヲ干與セザル故ニ爲
 タレ再審ノ理由ト爲タスルハ其ノ事實ハ判決ニ影響アルコトヲ示スル

第二節 再審ノ原因

現行刑事訴訟法於再審ノ原因規定シタルモ第三章三條ノ條々同條ニ
 列記セル再審ノ原因ニ於テ如シキモノ

第一 凡テ殺害アル罪ニ付テ刑ヲ宣告シタルモ其殺害タルコト認ラレタ
 ル者犯罪後生存シ實ニ犯罪前既ニ死去タル確證アルトキ

此再審ノ原因アルモ又次條再審ノ具補タル要領ニ依リテ再審ノ訴ヲ爲
 (二) 入テ殺害アル罪ニ關スルヲ要領謀殺殺害致死死過失殺自殺補助等所
 爲ノ單ニテ犯罪停止ヲ強要殺入強姦致死強姦致死強姦致死等如
 入テ死傷殺害等所爲ニ結合シテ犯罪ナルモ包含

第三 被害者ハ犯罪後生存シ實ニ犯罪前既ニ死去タル確證アルモ又補
 證アルモノ否ヤハ其宣告裁判所ニ認定シ決タル後再審ノ訴ヲ爲ス
 第四 期限キタ後如何テ再審ノ訴ヲ爲ス方ハ其ノ得ルモノニ依リテ再審

如前州之ヲ取調ヲ得テ手續ヲ終ラズ以テ實際之ヲ用テ得タルモノハ其長官
檢メ缺點ニシテ此場合并於其裁判所ハ直接ニ證據圖ヲ爲前以テ再審ノ狀
ノ適用ヲ得ルモノナリ蓋シ證據圖ニ依テ之レハ證據ナリヤ否ヤ又原
判決ニ認ムル證據ヲ破ルニ足ルヘキモノナリヤ否ヤハ確實ニ判定シ得ナル
カ故ニ現行刑事訴訟法ノ自然再審ノ趣旨ヲ適用力テ之ヲ擇定シテ之ヲ用
(三) 前項ニ據テ新ニ證據ヲ得テ其要點ニ據テ確定判決ヲ爲シ證據ニ於テ未ダ現
在ニテ證據ト爲テ之ヲ證據ト爲スルハ判決ヲ得時既ニ裁判所ハ其證據ニ據
テ之ヲ要點ニ據テ再審ノ趣旨ヲ適用力テ之ヲ擇定シテ之ヲ用
第二 同一ノ事件ニ付テ其犯罪非ニ別ニ別ニ其罪ヲ受ケタル者アルトキ
此原因ニテ其犯罪ノ具備ニテ要ス
(四) 同一ノ犯罪所爲ニ付テ別ニ別ニ其罪ヲ受ケタル者ニハ又其犯罪ノ具備ニ
要ス 同一ノ判決ニ於テ數人ノ同一ノ犯罪行爲ニ付テ刑ノ言渡ヲ受ケタル
トハ其犯タルニトテ明白ニナルトキト雖モ其犯トシテ數人ヲ別レタルモ

ハ其罪ヲ推定シ得ル其判決ノ理由不備ナルニ止マルモノナレハ再審ノ原因タ
ラズ別ニ其罪ヲ判決ニ於テ數人ノ同一ノ犯罪行爲ニ付テ刑ノ言渡ヲ受ケタル
トハ其犯タルニトテ明白ニナルトキト雖モ其犯トシテ數人ヲ別レタルモ
ハ其罪ヲ推定シ得ル其判決ノ理由不備ナルニ止マルモノナレハ再審ノ原因タ
ラズ別ニ其罪ヲ判決ニ於テ數人ノ同一ノ犯罪行爲ニ付テ刑ノ言渡ヲ受ケタル
トハ其犯タルニトテ明白ニナルトキト雖モ其犯トシテ數人ヲ別レタルモ
(三) 各判決同一ノ犯罪所爲ヲ一人ニテ犯シタルモノト認メ其要點ニ據
テ若シ數人ニテ犯シタル犯罪行爲ト認メタルモノトハ各判決ノ比較ニ據テ刑
言渡タル者中ニ於テ人違テ其者ハ無罪ナルコトヲ推測シ得ルカ其
言隨テ此數人ノ判決ハ兩立スルヲ得ヘキモノナリ然レバ其言隨テ此數人
以上之條件又具備スルモノト認メテ受審者トモ再審ノ訴ヲ爲スルモノト得ル
モノナレバ或ハ法文ニ別ニ刑ノ言渡ヲ受ケタル者アリタルトキトアルヲ根據ト
前ノ刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ再審ノ訴ヲ爲スルモノト得ルモノナレバ其言隨
タル者ハ前者ハ再審ノ後有罪ト認メラレタルモノトモ非ナレハ再審ノ訴ヲ爲
スルモノト得ルモノナレバ其言隨テ此數人ノ判決ハ兩立スルヲ得ヘキモノナリ

賄賂受又ハ懲ヲ換ミ被告人ヲ陪審シタル罪ニ包含ス爾シテ此等以外ノ第三者
ニ對シテ刑ノ言渡確定シタル罪ヲ變ス是ヲ以テ第三者ヲ死者又ハ公訴ノ時効
ニ罹リタル爲メ刑ノ言渡ヲ爲ス能ハサルトキハ其原因存セス斯ク刑ノ言渡ア
リタルトキニ限リタルル再審ヲ確定力ノ原則例外ト爲シタル趣旨ニ適スル
モノナリ然レトモ刑ノ言渡ヲ爲シタル判決ハ必スシモ通常裁判所ノ判決ニ限
ラス軍法會議ノ判決ニ付テモ同一ナリ
右ノ判決アリテ被告人ヲ陪審シタル第三者アルコトヲ認メ得ル以上ハ其陪
審カ有罪ノ判決ニ對シ如何ナル影響ヲ及ボシタル事ヲ證明スルヲ要セス蓋シ
陪審罪ヲ犯シタル者アルニ拘ハラス被告人ヲ犯罪ニ付テ正罪ナラズ必證ヲ以テ
被告人ニ對シ刑ノ言渡ヲ爲シタル事ヲ謂フコト能ハズ然レテ被告人ハ再審ノ例
第五 公正證書ヲ以テ訴訟記録ニ偽造又ハ錯誤アル事ヲ證明シタルトキ
例ハ親告罪ニ付テ被害者ヲ告訴狀カ偽造ナルトキ又ハ戸籍簿ノ原本前科調
書ニ錯誤アリテ有罪減輕ヲ爲サス或ハ再犯加重ヲ爲シタルトキノ如シ偽造ト
謂ヒ錯誤ト謂ヒ共ニ訴訟記録カ眞實ニ反スルヲ謂フ故ニ變造ハ當然之ニ包含

スルモノト解セザルヘカラス而シテ其訴訟記録ハ判決ノ基礎ト爲ルモノ
タルト公正證書ヲ以テ偽造又ハ錯誤アルコトヲ證明スルヲ必要トス
第六 判決ノ憑據ト爲リタル民事上ノ判決他ノ確定ト爲リタル判決ヲ以テ廢
棄又ハ破毀セラレタルトキ
案又ハ破毀セラレタルトキ
民事裁判カ刑事ノ裁判ニ礙東セタルルコトアルハ前ニ述ベタル所ナリ本項ハ
此民事ノ判決カ再審ニ依リ廢棄又ハ破毀セラレタル場合ナリ民事判決ニ限
カ故ニ特許審判又ハ商標事件ノ如キモノヲ包含セズ蓋シ民事訴訟ノ再
審ハ民事訴訟ノ範圍ニ屬スルモノナリ
第三節 再審ノ訴フ權利者
我刑事訴訟法ハ職權ヲ以テ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ認メ其權利者ノ適法ナル申
立アルコトヲ其必要條件トス即チ再審ノ訴ヲ爲シ得ヘキ者左ノ如シ第三〇二
條 再審ノ訴ハ
(一) 刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ノ檢察官 第三百二條及ヒ第三百四條ハ其第
一審裁判所ノ刑ノ言渡カ確定シタル場合其關係人ヲ規定シタルモノナリ然レ

トモ刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ハ第一審裁判所ナラバ第一審判決ヲ以テ第二審裁判所ナ
ルコトアリ又上告審タルコトナリ第一審判決ヲ控訴タル確定判決ハ之ニ對シ
テ控訴上告ヲ棄却セラレタルニ因リ確定シタルトキハ第一審裁判所ナリ即チ刑
ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ナリ第一審判決ヲ言渡シタルトキハ第一審判決ヲ以テ
ア同ハス第二審ニ於テ第一審判決ヲ取消シ更ニ刑ノ言渡ヲ爲シタル確定判決
ル場合又ハ之ニ對シタル上告ヲ棄却セラレタル場合ハ控訴裁判所ナリ言渡ヲ
爲シタル裁判所ナリ此場合ニハ控訴裁判所ノ檢事及ヒ上告裁判所ノ檢事ハ再
審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモ第一審裁判所ノ檢事ハ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス
又上告裁判所ニ於テ擬律錯誤ニ基キ第二審判決ヲ取消シ刑ノ言渡ヲ爲シタル
トキハ上告裁判所ナリ刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ナリ此場合ニ於テハ上告裁判
所ノ檢事ノミ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘク第一審及ヒ第二審裁判所ノ檢事ハ再審
ノ訴ヲ爲スコトヲ得ス刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所トハ如何ナル裁判所ヲ謂フヤ付テ
ハ明文ノ如ク之ヲ解釋スルノ外大ニ刑ノ言渡ヲ爲シタル基本的事實ヲ認定シ確定シ

タル裁判所ヲ意義ニ解スルハキニ非ズ若シ此處論議解決スルキニ於テ新棄却第
二審裁判アリタル場合ニ於テハ第三審判決ニ依リテ始メテ事實ヲ認定シ確定
スルカ故ニ第二審裁判所ヲ以テ刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ト謂ハサルハカラ
ナルニ至ルヘシ

(二) 刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ヲ管轄スル控訴裁判所ノ檢事ハ第一審判決カ
控訴ナシタル確定判決タル場合ニモ控訴裁判所ノ檢事ハ獨立シテ再審ノ訴ヲ爲
スコトヲ得ルモ管轄スル裁判所ノ檢事ハ之ニ對シテ再審ノ訴ヲ爲スルハ得ズ
(三) 刑ノ言渡ヲ爲シタル裁判所ヲ管轄スル上告裁判所ノ檢事ハ第二審判決カ
上告ナシタル確定判決タル場合ニ於テモ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得而シテ上告裁判所
ノ檢事ハ司法大臣ノ命ニ因リ又ハ職權ヲ以テ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ル
(四) 刑ノ言渡ヲ受ケタル者ハ再審ノ訴ヲ爲スルコトヲ得ル
(五) 刑ノ言渡ヲ受ケタル者死シタルトキハ其親屬ニ受刑人ノ親屬カ其死後
再審ノ訴ヲ爲スルコトヲ得ル各國法制ノ一致スル所ナリ受刑人ノ死後ハ其親屬ニ
於テハ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ檢事ハ此場合ニハ訴ヲ爲スコ

之ヲ得ス再審ノ訴ヲ提起シ得ル時期ニ付テハ官廳ニ再審ノ訴ハ死刑ノ裁判ニ關スル
之ヲ許スヲ以テ其訴ヲ爲スヘキ時期ニハ制限ナシ故ニ刑ヲ執行ヲ終リ更ニ後
ニ再審ノ訴ヲ爲スコトヲ得ヘシ(第三〇三條)

再審ノ訴ヲ提起シタルトキト雖モ上告裁判所ニ於テ確定判決ヲ破毀スルマ
タハ其確定力ヲ執行トシ停止スルコトナシ唯死刑ヲ宣告シタル場合ニハ要テ
キニ非サルモ再審ノ訴ハ幾同ニ之ヲ爲スヲ得ルカ故ニ若シ死刑ヲ場合ニ
確定判決ヲ執行ヲ停止スルモノトセハ到底其執行ノ期ナカルヘキヲ以テ此場
合ニハ刑ヲ執行ヲ停止スルコトナシト謂ハサルハ又再審ノ訴ヲ起ルモ
移審ノ效力ヲ生スルコトナシ是レ再審ノ訴ヲ普通ニ上訴ト異ナル所ナリ

第四節 再審ノ訴ノ手續

再審ノ訴ヲ手續ハ第三百四條以下ニ規定スル所ナリ即チ受刑人及其親屬
ヲ再審ノ訴ヲ起シタルコトキハ起意書ニ原判決ノ謄本及ヒ證據書類添付

報 載

○手形ハ支拂地以外ハ支拂場所記載ノ效果、爲替手形及ヒ約束手形ノ振出
人ハ其手形ニ支拂ノ場所ヲ記載スルコトヲ得ヘシ其場所ハ支拂地ニ於
ケル場所ナラサルヘキヲサレバ商法第四百五十四條第五百二十九條ニ據
リテ明カナル所ニシテ越ニ言フ要スルモ其支拂地以外ノ支拂場所ニ
於テ支拂ノ爲メニ呈示シタル支拂人ハ無資力ナルニ由リ直チニ支拂停止ト
認メ檢査宣告ノ申請ヲ爲シタリトセハ其申請ハ之ヲ有効トスヘキヤ否ヤニ關
スルヲ以テ之カ大審院ノ判例ヲ紹介セシメ曰ク約束手形ノ振出人ハ特ニ支拂
地ノ記載セサルトキハ其振出地ヲ以テ支拂地ト看做スベク又支拂ノ場所ハ支
拂地以外ニ定ム得ヘキモノニアラサルコトハ商法第五百二十六條第五百二十
九條第四百五十四條ノ規定ニ依リ明カナルヲ以テ本件約束手形ハ其支拂地ハ
大阪市以外ニ在ル株式會社浪速銀行神戸支店ヲ支拂場所ト爲スルハ記載ナ
シハ支拂場所トシテ有效ノ記載ナリト認ムルハ誤也同手形ニ關スル支拂ノ

邦上ル可キ地ノ所定法ヲ商業銀行ハ其支拂ヲ備置シ其引取引取銀行ハ帳
簿及至預金通帳ニ記入キテ其間女ハ直ニ此本簿手ヲ以テ貯蓄銀行ニ
預入ラナシ此取引モ亦貯蓄銀行帳簿ニ記入セラレタリ同日貯蓄銀行ハ此
小切手ヲ以テ合同銀行ニ預入ラナシ其後二日経テ合同銀行ハ商業銀行ニ
向テ支拂ヲ爲スルヲ呈示セシメ同行ニ其支拂ヲ拒絶セテ蓋シ同銀行
商業銀行ハ支拂ヲ停止セシメテ其支拂ヲ結果女子ハ此事實ヲ知テ貯蓄銀
行ニ對シテ訴ヲ起テ曰ク貯蓄銀行ハ手形金額ニ付テ信用ヲ與ヘタレモ
（邦ナリ）而テ受入即チ預金第一日於テ商業銀行ニ同チ請求セシメ其支拂ヲ得
可カリシモノナリ故ニ商業銀行ノ破産ニ付生スル損失ハ貯蓄銀行之ヲ負擔
ニ可キモノナリ然レニ判決ニ曰ク米國ノ法ニ如何スルモ吾人判官
○小切手ノ引受カ其ノ小切手ヲ變換スル倍モ同様ナモノナリモ其ノ引受
得ル利益亦小切手ノ其利益雖引受カ小切手ノ交付振出前ニ爲セラレタル
利キト雖モ其後ノ流通ニ付凡チ引受テキ小切手ニ關スル規則ニ適用ヲ受
得ル事モナリナリ下ニ引取引取銀行ハ其利益雖引受カ小切手ニ關スル規則ニ適用ヲ受

ク可キモノナリト

（既刊）

時戰

紙數一千頁餘
用紙菊判上質
製本脊皮金字入
特價金二圓五十錢
郵稅不要

列國外交の組織と東亞に集注したる今日國民一般に國際公法の智識を必要とするに拘らず斯法の著述意趣の然りと著し現行法實例を網羅し少くも秋山學士之學果ては悉く引致すべく其の條目大に依り讀者をして參照に便ならしむ既刊平時の部が實質上坊間諸書に傑出して最良の詳密に論進せるが故に斯法の法明より成り陸上及海上の戰爭に關する一切の法則を知るに最も詳細に論進せるが故に斯法に複雑なる戰時法を本書に依り容易に且明確に知悉する

本書特色

時平
第二版

紙數……六百九十頁
用紙……製本同前
特價……金壹圓九拾錢
郵稅……不要

本書は現行國際公法の法則を秩序的に説述し悉く之を有力なる實例を以て立證し更に最新有力の學說を引用して論定されたるを以て斯學界の缺點を補足し操觚者に取り參考書又は教科書として有用なるは勿論劃下國民一般の需用を充すに足るに庶幾からん乎

東京市麴町區
富士見町六丁目

司法省
指定

和佛法律學校

第四編 交戰關係ノ法則

第一章 國際

第四編 交戰關係ノ法則
第一章 總論

第一章 國際公法ノ性質

國際刑法 ○新論

○論事者ノ定額 ○結論○ロレーンヌノ定額

第二 交戦者間ノ公ナル争ナリ

第三 交戦者間ノ兵力ヲ以テスル爭

第二節 戦争ノ本質

○平和の社會文明　結尾ナリ　○戰爭の社會
ニ必要ナルモノヲ云々　○戦争全概説　○水久平
知ノ全集　○アンリー　○初巻　○水久平
一巻　○ルーソー論　○ベンチム　○オ
ット　○平民協會の組織　○アイリス
・ロウ　○政治的戰爭ノ理論及其實
行體小ノ金庫　○水中中立及防衛ノ問題
○平和會議ノ其間斷續問題

第三節 國際公法ノ本質

國際公法ノ實行

○法租界の基礎 ○實行の事由 ○實行の程度 ○英國客位ノ見解 ○英國ノ見解 ○フランスモヤ號事件 ○英國ノ見解

高等科講義錄

第十四

七月廿八日發行

目次

○代理權ノ授與、代理ノ要素ニ付テノ推問

行
吹
強

○行政ノ意義ニ付テノ推測並ニ誤解

○ 養老二年(718) 養老二年(718) 養老二年(718)

刑事訴訟法

○取訴ノ原告及被告ニ付テノ機回

○憲法、行政法、刑事訴訟法、民法、大各四頁、編輯目次（自一頁至四頁）

報 報

三十六年八月

和佛法律

法學志林

第四十五號

(七月十九日發行)

志林

藝論

解疑

其他

發行所 **和佛法律學校**

明治三十八年六月十日發行
明治三十八年八月十一日發行

東京市牛込區牛込町三丁目
秋原 敬之

東京市牛込區外神田三丁目
小宮 山傳

東京市牛込區外神田三丁目
金子 啓

發行所 **和佛法律學校**

電話番町百七十四番

明治三十八年六月十日發行
明治三十八年八月十一日發行